الدكتور
اسامة ابو الحسن مجاهد
مدرس القانون المدنى
بكلية الحقوق - جامعة حلوان

نظرة جديدة فى مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس

- دراسة تفصيلية لحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس والتى تحدد سن الحضانة لدى هذه الطائفة
- دراسة متعمقة لاساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ فى ظل الحكم لمذكور .
- الفائدة العملية لاخضاع شرائح غير المسلمين للرقابة الدستورية .
- دراسة مفصلة لفكرة جوهر العقيدة المسيحية وفقا لقضاء محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا وتطبيقا على المسائل الهامة التالية :-
١ - لاطلاق لدى الكاثوليك ٢ - لايجوز تعدد الزوجات للزوج المسيحى .
٣ - الشكل الدينى للزواج ٤ - لاطلاق بالارادة فى الشريعة المسيحية .
٥ - لاطلاق الا لعة الزنا .
- الأثر القانونى المترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشان .

١٩٩٨

دار الكتب القانونية
المحلة الكبرى
السبع بنات - ٢٤ ش عدلى يكن
ت:٢٢٧٣٦٧/ ٠٤٠ فاكس :٢٢٠٣٩٥/ ٠٤٠

تمهيد

استقرت القوانين المعاصرة على خضوع جميع المقيمين على اقليم الدولة- وطنيين وأجانب - لقانون هذه الدولة ومحاكمها مع وجود بعض الاستثناءات التى لا تمثل فى الوقت الحالى اى انتقاص من سيادة الدولة طالما ان هذه الاستثناءات نابعة من بعض إعتبارات المنطق والملاءمة ومقتضيات التعاون بين الدول وطالما انها تخضع لقاعدة المعاملة بالمثل بين الدول(١).

أما فى الماضى فقد عانت مصر كثير من مشكلة التعدد القضائى والتشريعى نتيجة لوجود الامتيازات الأجنبية التى نشأت فى ظل السيادة العثمانية على مصر والتى أدت إلى عدم خضوع الأجانب بصفة عامة للقانون المصرى والمحاكم المصرية حتى انتهى هذا الوضع الشاذ بموجب اتفاقية مونتريه التى استردت مصر بمقتضاها سيادتها التشريعية وسيادتها القضائية بعد فترة انتقالية مدتها اثنا عشر عاما.(٢)

وهكذا نصت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ على ان «تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات وفى المواد المدنية والتجارية وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. كذلك تختص

---

(١) راجع تفصيلا فى نطاق تطبيق القانون من حيث المكان : محمد لبيب شنب - المدخل لدراسة القانون ١٩٩٥ ص ٢١٧ وما بعدها - نعمان جمعة - المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ ص ٢٣١ وما بعدها ، نزيه صادق المهدى - المدخل لدراسة القانون الجزء الأول - نظرية القانون ١٩٩٢ ص ١٨٧ وما بعدها، جلال ابراهيم - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - ١٩٩٦ ص ٤٣٣ وما بعدها ، ومن أمثلة هذه الاستثناءات استبعاد القانون الوطنى من حكم علاقات الأسرة الخاصة بالاجانب واخضاع هذه العلاقات لقانونهم الخاص، واعفاء الدبلوماسيين الأجانب من الخضوع لبعض القوانين او ما يسمى بالحصانة الدبلوماسية.

(٢) راجع تفصيلا فى التطور التاريخى لمشكلة التعدد التشريعى والقضائى فى مصر : جلال ابراهيم - السابق ص ٤٣٧ وما بعدها والمراجع التى أشار اليها.

المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل فى المنازعات فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية» .

ويتضح من هذا النص أن السيادة التشريعية والقضائية لمصر لم تعد مشوبة باى نقص بالنسبة للأجانب أما بالنسبة للمصريين فقد كان الوضع بالنسبة لهم فى مسائل الأحوال الشخصية خارجا عن المألوف فى المجتمعات المعاصرة حيث ظل التعدد التشريعى والقضائى قائما بالنسبة لهم بحيث يتم الفصل فى هذه المسائل وفقا للتشريعات الدينية المختلفة ويختص بنظر المنازعات فى شأنها جهات قضائية مختلفة هى المحاكم الشرعية للمسلمين والمجالس الملية للمسيحيين والمحاكم الشرعية لليهود [٣] .

وهكذا كانت كل جهة من الجهات تفصل فى النزاع وفقا للشريعة الخاصة بكل ديانة والأكثر من ذلك أنه بالنسبة للمسيحيين على سبيل المثال فقد كان لكل طائفة من طوائفهم مجلسها الملى الذى يفصل فى المنازعات وفقا لشريعة هذه الطائفة دون غيرها من الطوائف، وكان هذا الوضع شاذا، إذ كان ينطوى أولا على اعتداء على السيادة القومية للبلاد كما أنه كان ينطوى من ناحية أخرى على اجحاف واضرار بالمتنازعين المصريين فقد كانت هناك بحق فوضى قضائية فى مجال الأحوال الشخصية[٤] .

وقد قضى المشرع المصرى على تعدد جهات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فصدر القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ والذى نصت المادة الأولى منه على أن يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ النص الآتى : «تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية

---

(٣) راجع : توفيق فرج - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين - الطبعة الثالثة ١٩٦٩ ص ١٠.

(٤) راجع حسام الاهوانى - شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين ١٩٩٣ ص ٨.

عليه وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص».

كما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى نص فى مادته الأولى على أن «تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة» كما نصت المادة ٣ منه على أن «ترفع الدعاوى التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو التى كانت من إختصاص المجالس الملية إلى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦».

وبصدور القانون ٤٦١، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تحقق للمحاكم العادية السلطان الكامل فى نظر جميع المنازعات بين جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين، مع ملاحظة أنه قد جرى العمل بالمحاكم على تخصيص بعض دوائر المحكمة لنظر منازعات الأحوال الشخصية للمسلمين والبعض الآخر لغير المسلمين وليس ذلك إلا من قبيل التوزيع الداخلى للعمل داخل المحاكم الذى يحقق قدرا معينا من التخصص المطلوب فى أنواع معينة من القضايا[٥] وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك[٦].

ورغم توحيد القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لجهات القضاء التى تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية إلا أن المادة ٦ منه قد نصت على أن «تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من إختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة[٧] أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة

(٥) راجع فى هذا المعنى - أحمد سلامة- الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب الطبعة الثانية ١٩٦٢ وأيضا - توفيق فرج - السابق ص ٢٨٧ ، حسام الاهوانى - السابق، ص ١٥.

(٦) راجع نقض ٦٦/٦/١٤ فى الطعنين رقمى ٤٦، ٤٧ لسنة ٣٢ ق - مجموعة س ١٧ ص ٥.

(٧) نصت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولا رجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد.

بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام- فى نطاق النظام العام- طبقا لشريعتهم».

ووفقا للنص المذكور فإن الشريعة الإسلامية (٨) هى التى تطبق على منازعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين أما غير المسلمين فتطبق عليهم شرائعهم الطائفية إذا توافرت الشروط الواردة بالنص المذكور فإذا تخلف شرط منها طبقت عليهم الشريعة الإسلامية، وهكذا تتعدد الشرائع التى تحكم مسائل الاحوال الشخصية بتعدد العقائد فى مصر ، فالقاعدة القانونية لا تطبق على الاشخاص باعتبارهم من المصريين فقط بل تخاطبهم باعتبارهم منتمين إلى ديانة أو ملة أو طائفة معينة(٩).

وتستخلص قواعد الاحوال الشخصية للمسيحيين المصريين من عدة مصادر هى الكتاب المقدس والكتابات المنسوبة إلى الرسل وقرارات المجامع العامة والخاصة والفقه المسيحى والعرف وقد تمت صياغة القواعد المستخلصة من هذه المصادر فى شكل مجموعات على نسق التشريعات الحديثة، فقد تم تجميع قواعد الأحوال الشخصية للكاثوليك الشرقيين وصدرت بها ارادة رسولية من بابا الڤاتيكان بيوس الثانى عشر فى عام ١٩٤٩ ، كما صدر قانون للأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية (البروتستانت) من الحكومة المصرية فى عام ١٩٠٢ (١٠) أما الطائفة التى تنتمى اليها غالبية المسيحيين المصريين وهى طائفة الاقباط الارثوذكس فقد اصدر المجلس الملى العام لها مجموعة من القواعد عام ١٩٣٨ واستقر القضاء المصرى على

---

(٨) بالمدلول الوارد بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(٩) وهو الوضع الذى ينتقده مجمل الفقه فى مصر، راجع جميل الشرقاوى - الأحوال الشخصية لغير المسلمين ١٩٧٣ ص ١٥، ١٦ ، أحمد سلامة السابق، ص ١٣، حسام الأهوانى السابق ص ١٨.

(١٠) صدر فرمان من السلطان العثمانى يدعو فيه خديو مصر لتنظيم شئون طائفة البروتستانت فى مصر، فصدرامر عال من الخديو فى ١ مارس ١٩٠٢ بشأن الانجيليين الوطنيين حدد كنائس واتباع هذه الطائفة ونظم المجلس العمومى لها - راجع : محيط الشرائع- المجلد الثالث ص ٢٨٨٢ ، ثم صدر قرار وزير الداخلية بالتصديق على لائحة الاجراءات الداخلية لهذا =

اعتبارها القانون الرئيسى للأحوال الشخصية لهذه الطائفة.

ومن الواضح أن هذا التعدد التشريعى فى مسائل الأحوال الشخصية تبعا لديانة المواطنين يثير بقوة شبهة مخالفة مبدأ المساواة المقرر بالمادة ٤٠ من الدستور المصرى، كما أدى هذا التعدد إلى نشوء مشكلة خطيرة هى مشكلة الغش فى تغيير العقيدة، إذ اشترطت المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ اتحاد الزوجين فى الدين والملة الطائفة لكى تطبق عليهما الشريعة الخاصة، فإذا حدث اختلاف فى أى منهم طبقت الشريعة الإسلامية وهكذا استخدم الكثيرون إمكانية تغيير الطائفة بصفة خاصة من أجل تغيير القانون واجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية وهو أمر لايتصور حدوثه لو كان القانون المطبق موحداً بالنسبة لجميع المصريين (١١).

= المجلس- محيط الشرائع ص ٢٨٨٧، ويشير أحمد صفوت فى مؤلفه «قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية» الطبعة الثانية ١٩٤٨ إلى أن قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة قد صدقت عليه الكنائس الانجيلية المعترف بها ووقع ناظر الحقانية على نسخة منه ويشير أيضا إلى عدم عثوره على نسخة مصدق عليها- مؤلفه السابق ص ٨٤. وقد اعتمدنا على نص القانون الوارد بمؤلف المستشار فتيحة قرة - تشريعات الاحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين ١٩٨٣، ونسخة اخرى من هذا القانون صادرة عن مطبعة الامانة - بدون تاريخ نشر - وموجودة بمكتبة محكمة النقض المصرية وقد ظل هذا القانون الذى اقرته الحكومة المصرية مطبقا بين افراد الطائفة الانجيلية حتى الغيت المجالس الملية- توفيق فرج السابق ص ١٥٨.

(١١) ورغم أن قضاء محكمة النقض قد استقر على عدم البحث فى حقيقة الايمان او الدوافع التى كانت وراء تغيير العقيدة إلا أنها قد لاحظت ما يحدث عملا عن غش وتحايل فى هذا الشأن فنوهت فى احد احكامها إلى أنه «يتعين الاشارة إلى أنه وإن حرص القضاء المصرى بمختلف مراتبه إعلاء لحقوق الانسان، وتقديسا لحرية الفكر والضمير والتدين- على الاعتداد بتغيير الديانة أو الملة أو الطائفة دون بحث فى أسبابه ودوافعه وبواعثه، إلا أنه لا معدى من التسليم بأن التطبيق العملى للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قرابة ربع قرن اسفر عن أن هذا التغيير يتم غالبا بنية الغش والتحايل، وأن ما يسمح به من تمكين اى من الزوجين غير المسلمين بمجرد تغيير المذهب أو الديانة من تعديل الاختصاص التشريعى والنيل من حقوق الطرف الآخر قد استغل استغلالا غير قويم» - نقض ١٧ يناير ١٩٧٩ فى الطعنين رقمى ١٦/ ٢٦ لسنة ٤٨ق - مجموعة س٣٠ ص ٢٧٦.

ورغم انتقاد الفقه والقضاء لهذا الوضع وما ترتب عليه من مشاكل كثيرة إلا أن المشرع المصرى لم يبادر باتخاذ أى خطوة نحوتوحيد قواعد الأحوال الشخصية للمصريين أو على الاقل حصر التعدد فى هذا النطاق فى حيز أضيق، خاصة وأن الكثير من مسائل الاحوال الشخصية لا تمس العقيدة الدينية لغير المسلمين فكان من الممكن على الاقل توحيد قواعد الأحوال الشخصية فى هذه المسائل.

وظل الوضع راكدا على ما هو عليه حتى صدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٩٧/٣/١ فى القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق بعدم دستورية المادة ١٣٩ من لائحة الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس التى اقرها المجلس الملى العام بجلسته فى ٩ مايو ١٩٣٨ و المعمول بها اعتبارا من ٨ يوليو ١٩٣٨ (الجريدة الرسمية العدد ١١ فى ١٩٩٧/٣/١٣) لتكون المرة الأولى التى تقضى فيها المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص خاص بالأحوال الشخصية لغير المسلمين وذلك فيما نعلم.

وتخلص الدعوى الموضوعية فى أن والدى احد الاطفال قد تنازعا حضانته فرفع الاب دعواه ضد الأم طالبا الزامها بأن ترفع يدها عن حضانتها لابنها منه لبلوغه السابعة من عمره وهى اقصى سن للحضانة وفقا لنص المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس والواجبة التطبيق على الدعوى لاتحاد طرفيها فى الدين والملة والطائفة ، فدفعت الأم بعدم دستورية هذا النص وصرحت لها المحكمة برفع الدعوى الدستورية.

وقد استندت الأم فى ادعائها بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ والتى تنص على أن «تنتهى الحضانة ببلوغ الصبى سبع سنين ، وبلوغ الصبية تسع سنين، وحينئذ يسلم الصغير إلى أبيه أو عند عدمه إلى من له الولاية على نفسه فإن لم يكن ولى يترك الصغير عند الحاضنة إلى أن يرى المجلس من هو أولى منها باستلامه » إلى ما يلى :

١- أن قوانين الاحوال الشخصية للمسلمين تطبق على المصريين جميعهم ايا كانت ديانتهم، ومن ثم تنتظمهم جميعا قواعد موحدة فى شأن المواريث ونظم النفقات والطاعة. وتقرير سن الحضانة بما يرعى مصالح الصغير من الأمور التنظيمية التى لا تناقض الشريعة المسيحية فى جوهر احكامها وأساس بنيانها، بل أن الشريعتين تدوران معا حول رعاية النشء واسعاده.

٢- إن الدستور نص فى مادته العاشرة على أن تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة وترعى النشء ، وتوفر لهم ظروفا مناسبة لتنمية ملكاتهم، وقد جاء النص المطعون فيه مجافيا للرعاية التى تطلبها الدستور للطفولة، وحال كذلك بين الصغير وتنمية ملكاته النفسية والوجدانية بعد أن انتزعه فى سن مبكرة من حضانة أمه، مفتتا بذلك شخصيته ومضيعا لوجوده.

٣- إن النص المطعون فيه انطوى كذلك على تفرقة بين ابناء الوطن. فالصغار لزوجين مسيحيين متحدى الملة والطائفة، ينتزعون من امهم فى سن السابعة ، ولو كانت مصلحتهم تقتضى بقاءهم تحت يدها ، فى الوقت الذى قد يظل فيه الصغير المسلم فى حجر امه وحضانتها حتى الخامسة عشر من عمره. كذلك تنتزع الصغيرة المسيحية من امها فى التاسعة ، رغم أن الصغيرة المسلمة قد تظل فى حضانة امها حتى تتزوج. والتمييز بين ابناء الوطن الواحد على غير اسس منطقية، يعتبر تمييزا تحكميا منهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور.

وحيث ان المدعية فى الدعوى الدستورية قد اختصمت فى دعواها أيضا بطريرك الاقباط الارثوذكس فأودع البابا شنودة الثالث مذكرة بشأن مسألة تحديد سن الحضانة على ضوء ما نصت عليه المادة ١٣٩ المذكورة ورد بها ما يلى:

أولا : إنه لم يرد نص فى الانجيل ينظم هذه المسألة.

ثانيا : إن مسألة تحديد سن الحضانة الاطفال مسألة تحكمها ظروف المجتمع من نواح عدة.

ثالثا : ان تحديد سن للحضانة يحكم كل ابناء الوطن الواحد امر اقرب إلى الواقع، ويتفق مع الاعتبارات العلمية والعملية ، فضلا عن أنه لا يخالف نصا حسبما سبق بيانه.

رابعا : أنه لا مانع لدى الكنيسة القبطية الارثوذكسية من تحديد سن حضانة الاطفال بالنسبة إلى جميع المصريين، توكيدا لقاعدة المساواة بينهم، وبمراعاة أن بقاء الحاضنة على دينها الذى كانت تدين به وقت ولادة الاطفال، يعتبر من الشروط الجوهرية لاستمرار الحضانة.

وقد استعرضت المحكمة فى حيثيات حكمها التطور التاريخى بشأن مسألة تعدد شرائع الاحوال الشخصية فى مصر وما استقر عليه الامر بعد ذلك بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ثم أوضحت اسانيدها للحكم بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ ويهمنا ان نورد منها الفقرتين التاليتين :

الاولى :

«وحيث ان المشرع وقد احال فى شأن الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين - وفى اطار القواعد الموضوعية التى تنظمها - إلى شرائعهم مستلزما تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها، فإن المشرع يكون قد ارتقى بالقواعد التى تتضمنها هذه الشرائع إلى مرتبة القواعد القانونية التى ينضبط بها المخاطبون باحكامها فلا يحيدون عنها فى مختلف مظاهر سلوكهم، ويندرج تحتها - وفى نطاق الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس- لائحتهم التى اقرها المجلس الملى العام بجلسته المنعقدة فى ٩ مايو ١٩٣٨، والتى عمل بها اعتبارا من ٨ يوليه ١٩٣٨ ، إذ تعتبر القواعد التى احتوتها لائحتهم هذه وعلى ما تنص عليه الفقرة الثانية من

المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ المشار اليه، شريعتهم التى تنظم اصلا مسائل احوالهم الشخصية، بما مؤداه خضوعها للرقابة الدستورية التى تتولاها هذه المحكمة».

والثانية:

«وحيث أن تحديد سن الحضانة على النحو المتقدم، وان تعلق بالمسلمين من المصريين إلا إن هذا التحديد اوثق اتصالا بمصلحة الصغير والصغيرة اللذين تضمهما اسرة واحدة. وان تفرق ابواها، ولا يجوز فى مسألة لا يتعلق فيها تحديد هذه السن باصول العقيدة وجوهر احكامها، أن يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعا لديانتهم، ذلك أن الاصل هو مساواتهم قانونا ضمانا لتكافؤ الحماية التى يكفلها الدستور او المشرع لجموعهم، سواء فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم. والصغير والصغيرة- فى شأن حضانتهما - يحتاجان معا لخدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تمييز فيها. والاسرة القبطية هى ذاتها الاسرة المسلمة فيما خلا الاصول الكلية لعقيدة كل منهما».

ويتضح من الفقرتين السابقتين أن المحكمة الدستورية ترى ما يلى :

١- أن إحالة المشرع إلى شرائع غيرالمسلمين بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - ومنها مجموعة ١٩٣٨ - يجعلها بمثابة القواعد القانونية الخاضعة للطعن بعدم الدستورية.

٢- أن سلطة المشرع ليست مطلقة فى مسألة تعدد الشرائع فى مجال الاحوال الشخصية فيجب عليه أن يوحد هذه القواعد اعمالا لمبدأ المساواة بين المواطنين وذلك باستثناء المسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة.

وهكذا وجدنا انفسنا أمام وضع جديد طرح بقوة بعض المسائل التى كادت ان تهمل بمرور الزمن، فيبدو أن الفقه والقضاء فى مصر قد استقر

على أن اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس هو اعتبارها بمثابة العرف نظراً لاطراد المجالس الملية على تطبيق نصوصها ، فإذا بالمحكمة الدستورية العليا تخضع نصوصها للطعن بعدم الدستورية ، اى أنها قد اعتبرتها بمثابة التشريع وليس العرف، كما أن المحكمة الدستورية قد طرحت بقوة من جديد مسألة وجوب توحيد قواعد الاحوال الشخصية لجميع المصريين كأصل عام احتراما لمبدأ المساواة المقرر فى الدستور.

خطة البحث

لقد فتح هذا الحكم الباب امامنا لكى نبحث المسائل التى اثارها ، فمن ناحية اولى اثار هذا الحكم مسألة اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس فكان علينا.أن نتناول النظرية شبه المستقرة من قبل فى الفقه والقضاء المصريين وهى ان العرف هو اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨، ثم النظرية الثانية التى وردت بحكم المحكمة الدستورية العليا وهى أن إحالة المشرع إلى هذه المجموعة يجعلها بمثابة التشريع وهى النظرية التى كان لها اصل فى الفقه المصرى من قبل.

ولما كانت المحكمة قد اعتبرت مجموعة ١٩٣٨ بمثابة التشريع وذلك بهدف اخضاع نصوصها لرقابة الدستورية فقد طرح هذا الهدف امامنا تساؤلا يتعلق بمدى الفائدة العملية لاخضاع شرائع الاحوال الشخصية لغير المسلمين لرقابة الدستورية رغم أن القضاء كان بامكانه دائما ان يستبعد هذه النصوص من التطبيق إذا كانت مخالفة للنظام العام تطبيقا لنص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ثم كان علينا أن نتناول المبدأ الرئيسى الذى وضعته المحكمة الدستورية العليا فى حكمها وهو أن الاصل هو توحيد قواعد الاحوال الشخصية لجميع المصريين وان الاستثناء هو تعددها إذا تعلقت المسألة بجوهر العقيدة الدينية وهو ما دفعنا إلى الحديث عن موقف الفقه المصرى من مسألة تعدد الشرائع فى مسائل الاحوال الشخصية ثم تناولنا الضابط الذى وضعته المحكمة الدستورية العليا والذى يحكم مسألة توحيد او تعدد الشرائع فى مجال الاحوال الشخصية وهو فكرة جوهر العقيدة الدينية ثم طبقنا هذا الضابط على العديد من المسائل الهامة وذلك بهدف بحث مدى تعلقها بجوهر العقيدة المسيحية وذلك لبيان ما إذا كانت المسألة مما يجوز فيها تعدد الشرائع أو على العكس مما يجب فيها توحيد القاعدة القانونية وهذه المسائل هى : ١- لا طلاق لدى الكاثوليك ٢- لايجوز تعدد الزوجات

للزوج المسيحى . ٣- الشكل الدينى للزواج ٤- لا طلاق بالارادة فى الشريعة المسيحية ٥- لا طلاق إلا لعلة الزنا .

ثم اوجزنا فى نهاية البحث الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس وختمناه بما توصلنا إليه من نتائج من خلاله.

وهكذا تتضح امامنا خطة البحث على النحو التالى:

المبحث الأول : اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس.

المبحث الثانى : الفائدة العملية لاخضاع قواعد شرائع غير المسلمين لرقابة الدستورية.

المبحث الثالث : قواعد الاحوال الشخصية بين التوحيد والتعدد فى ظل حكم المحكمة الدستورية العليا .

المبحث الرابع : اثر الحكم بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس.

المبحث الاول
اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس

منذ مطلع سنة ١٩١٧ اتجهت ارادة رجال المجلس الملى العام للاقباط الارثوذكس الى وضع مجموعة قواعد خاصة بالاحوال الشخصية ، فقرر المجلس الملى بتاريخ ١٩١٧/٣/٨ تشكيل ثلاثة لجان لتحضير هذه المجموعة، وبتاريخ ٢٩ اكتوبر سنة ١٩١٧ قرر المجلس تشكيل لجنة لفحص هذا المشروع ، فقررت اللجنة طبعه ونشره على المطارنة والاساقفة والكهنة ورجال القانون من ابناء الشعب القبطى لابداء ملاحظاتهم عليه، وتعثر المشروع عدة سنين مما اجل عرضه على المجلس الملى أو على غيره حوالى العشرين عاما تعرض خلالها حق المجلس المذكور فى اصدار مثل هذا القانون لهجوم ونقد، كما تعرضت بعض النصوص المقترحة لمثل هذا، ثم بعث المشروع من رقدته وعرض على المجلس الملى العام فاقره بجلسة ٨ مايو سنة ١٩٣٨ بعد ادخال بعض التعديلات عليه وعمل به من أول يوليو ١٩٣٨(١٢).

ويلاحظ أنه ليس لمجموعة ١٩٣٨ قيمة القواعد الصادر من المجامع المقدسة فقد لاحظ بعض الفقه - وبحق - ان هذه المجموعة لم تعرض على المجمع المقدس لاقرارها مما لا يجعل لها قوة القرارات الصادرة عن المجامع، حقيقة قامت اللجنة التى وضعت مشروعها بطبعه ونشره لعرضه على المطارنة ورجال الدين والقانون حسبما ورد فى ديباجته إلا أن هذه الديباجة

(١٢) ايهاب اسماعيل: انحلال الزواج فى شريعة الاقباط الارثوذكس- رسالة- القاهرة ١٩٥٩ ص ٣٩ وما بعدها، ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية تشير فى احكامها إلى أن مجموعة ١٩٣٨ قد اقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ . راجع على سبيل المثال نقض ١٩٧٣/٦/٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٢ق - مجموعة س ٢٤ ص ٨٧٠ وايضا نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ ق- مجموعة س٢٨ ص ٣٠٢ وقد ذكرت المحكمة الدستورية العليا ذات التاريخين الواردين بقضاء النقض ولم نستطع الوقوف على سبب الاختلاف فى التاريخ مع الفقه المذكور بالمتن، ولا نعتقد بوجود اهمية عملية تذكر فى الوقت الحالى لهذا الاختلاف.

لم تبين اهمية الرأى الذى يبديه الرؤساء الدينيون وضرورته، كما وانها لم تفرق بين هذه الآراء وبين آراء كافة الشعب فضلا عن أن نظام عقد المجمع المقدس بين الطريقة التى تصدر بها قراراته وهى طريقة لم تتبع فى هذا المقام(١٣) ويؤيد هذا النظر أن لائحة ترتيب المجلس الملى للاقباط الارثوذكس لم تمنحه الحق فى التشريع فقد وردت نصوصه خالية تماما من مثل هذا الاختصاص فلا تكون القواعد الواردة فى مجموعة ١٩٣٨ صادرة لذلك من سلطة خولت اصدارها وهو الامر الذى اثاره بعض الاقباط الارثوذكس من رجال المجلس الملى نفسه منذ كانت هذه المجموعة مشروعا(١٤).

ويبدو أن الفقه والقضاء قد استقر على ان اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ هو العرف وذلك نظرا لاطراد المجالس الملية على تطبيق نصوصها إلا أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اتخذ وجهة أخرى فى هذا الشأن وإن كان بعض الفقه قد تبنى رأيا مشابها لرأى المحكمة الدستورية العليا وهو أن اساس القوة الملزمة لشرائع غير المسلمين - ومنها مجموعة ١٩٣٨ - هو احالة المشرع اليها وهو ما سنتناوله تباعا.

---

(١٣) ايهاب اسماعيل رسالة ص ٤١ ويؤيده فى ذلك العديد من الفقهاء . راجع توفيق فرج - السابق ص ١٥٠ ، جميل الشرقاوى - السابق ص ٦٧ حسام الاهوانى - السابق ص ٢١٧.

(١٤) فقد جاء فى مذكرة قدمها البعض فى هذا الشأن «لا يصح أن نسمع ما يقال من ان اعضاء المجلس الملى المحترمين تجاوزوا عن حقوق رجال الكهنوت فكونوا من انفسهم مجمعا يحل محل المجامع الكنائسية فى بعض المسائل الدينية» مذكرة الاستاذ يواقيم ميخائيل عضو المجلس الملى الاعلى العام - اشار اليها ايهاب اسماعيل - رسالة ص ٤١ هامش (٢).

المطلب الأول
النظرية الأولى
العرف هو اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨

رغم ما قيل بشأن قيمة مجموعة ١٩٣٨ إلا أن هذه المجموعة قد اعتبرت المصدر الرئيسى لقواعد الاحوال الشخصية لدى الاقباط الارثوذكس ويرجع ذلك الى موافقة القواعد الواردة بها للقواعد التى قررها مجمع كيرلس بن لقلق وللمجموع الصفوى وللخلاصة القانونية إلى حد كبير، وفضلا عن ذلك فلقد اكتسبت قواعدها قوة عرفية من جراء استقرار الاقباط الارثوذكس على الانقياد لها بعد وضعها نظرا لاضطراد تطبيقها بمعرفة المجالس الملية نظرا للتسليم بأن العرف يلعب دوره فى تحديد قواعد الشرائع المختلفة وانشائها(١٥).

وقد تبنت بعض المحاكم الابتدائية هذا النظر الفقهى فقضت محكمة القاهرة الابتدائية بأن سبب اعتدادها بالفرقة كسبب من اسباب التطليق الواردة فى مجموعة ١٩٣٨ مرده إلى العرف المتواتر الذى جرت عليه مجالس الاقباط الارثوذكس فأصبحت جزءاً من شريعة هذه الطائفة(١٦) كما قضت بأنه «وحيث انه وإن كان تقنين سنة ١٩٣٨ لم يصدر عن اقرار من المجمع المقدس لطائفة الاقباط الارثوذكس إلا أنه جاء متفقا بالنسبة لاسباب التطليق مع ما كان مقررا فى القوانين التى اقرها مجمع البطريرك كيرلس بن لقلق وما اشار اليه المجموع الصفوى وكذلك الخلاصة القانونية التى قدمتها الطائفة إلى الحكومة سنة ١٨٧٤ ممثلة لوجهة نظرها فى مسائل

---

(١٥) ايهاب اسماعيل - رسالة ص ٤٢ ويؤيده فى ذلك - توفيق فرج - السابق ص ١٥٢ إلا انه يتحفظ - وبحق- قائلا «والواقع ان القول بأن القواعد الواردة على هذا النحو فى مجموعة ١٩٣٨ تكون عرفا فيه تسليم بأن مصدر القاعدة هو العرف مع أن المصدر فى هذه الحالة فى الواقع قد يكون أحد المصادر الاخرى التى اعتبرناها مصدرا للقواعد القانونية الكنسية» - ذات الصفحة - هامش(٢).

(١٦) حكمها فى ١٩٥٦/٦/٣ فى القضية رقم ١١٦٧ لسنة ١٩٥٦ - اشار اليه ايهاب اسماعيل - رسالة ص ٤٢.

التطليق . ولقد ظلت المجالس الملية تطبقها منذ صدورها سنة ١٩٣٨ حتى الغاء هذه المجالس مما يمكن القول معه بأن هذه المجموعة قد اكتسبت قوة العرف من اضطراد تطبيقها واعتقاد افراد الشعب القبطى بالزامها نتيجة هذا التطبيق بمعرفة المجالس الملية القائمة على شئون قضاء الاحوال الشخصية فى ذلك الوقت والعرف مصدر هام من مصادر هذه الشريعة» (١٧).

وقد استقرت احكام محكمة النقض المصرية على أن لمجموعة ١٩٣٨ قيمة قانونية ملزمة وقد ورد باحد احكامها فى هذا الشأن «لما كانت الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية تنص على انه "اما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الاحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم" وكان لفظ شريعتهم التى تصدر الاحكام طبقا لها فى مسائل الاحوال الشخصية . . . هو لفظ عام لا يقتصر مدلوله على ما جاء فى الكتب السماوية وحدها بل ينصرف إلى كل ما كانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل الغائها باعتباره شريعة نافذة، إذ لم يكن فى ميسور المشرع حين الغى هذه الجهات أن يضع القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين فاكتفى بتوحيد جهات القضاء تاركا الوضع على ما كان عليه بالنسبة للاحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها ، واحال إلى الشريعة التى كانت تطبق فى تلك المسائل أمام جهات القضاء الملى ولم تكن هذه الشريعة التى جرى العمل على تطبيقها تقتصر على ما جاء بالكتب السماوية. . . . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بابطال عقد الزواج إلى المادة ٢٧ من

---

(١٧) حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٩/٦/٢٧ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ احوال شخصية كلى القاهرة- اشار اليه ايهاب اسماعيل - رسالة ص ٤٢.

مجموعة القواعد الخاصة بالاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس التى اقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ **بعد تجميعها من مصادرها ، واطردت المجالس على تطبيقها** ، فإن الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون» (١٨).

ونذكر هنا ايضا حكما آخر لمحكمة النقض يحمل ذات المعنى وإن كان قد ذكر صراحة أن مجموعة ١٩٣٨ ليست لها صفة التشريع اذ جاء به «وكان البين من الحكم المطعون فيه انه استند فى قضائه بالتطليق لسوء السلوك وفساد الاخلاق إلى نص المادة ٥٦ من مجموعة القواعد الخاصة بالاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس التى اقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ **بعد تجميعها من مصادرها واضطردت المجالس الملية على تطبيقها** ، لما كان ذلك وكان لا محل للتحدى بان احكام مجموعة سنة ١٩٥٥ هى الواجبة التطبيق وانها قد خلت من نص يجيز التطليق لهذا السبب ذلك انه لا إلزام فى الاستناد الى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة ، **إذ لم يصدر باى منهما تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بأن التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق**، والعبرة فى هذا الخصوص بما كانت تسير عليه المحاكم الملية فى قضائها استقاء من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة، ولما كان الحكم المطعون فيه وعلى ما سلف البيان قد طبق على واقعة الدعوى النص الوارد بشأنها فى مجموعة ١٩٣٨ باعتبار أن المحاكم الملية **قد جرت على تطبيق احكام هذه المجموعة** منذ وضعها حتى الغيت تلك المحاكم بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإنه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون»(١٩).

---

(١٨) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ق - مجموعة س٢٨ ص ٣٠٢ وفى ذات المعنى نقض ١٩٧٣/٦/٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٢ ق- مجموعة س٢٤ ص ٨٧٠، وايضا نقض ١٩٩٠/١/٢٣ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ ق مجموعة س٤١ ص ٢١٦.

(١٩) نقض ١٩٧٣/٦/٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٢ ق- مجموعة س ٢٤ ص ٨٧٠ وراجع ايضا نقض ١٩٩٠/١/٢٣ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ ق مجموعة س٤١ ص ٢١٦ ونشير هنا بإيجاز انه قد تم اعداد مشروع قانون للاحوال الشخصية لطائفة الاقباط الارثوذكس بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وافق عليه المجلس الملى العام للاقباط الارثوذكس إلا أن اجراءات اصدار هذا القانون لم تتم واطلق عليه تسمية مجموعة ١٩٥٥- راجع تفصيلا - حسام الاهوانى- السابق ص ٢١٨ وما بعدها.

ويستفاد من قضاء محكمة النقض ما يلى:

١- ذكرت المحكمة صراحة أن مجموعة ١٩٣٨ ليس لها صفة التشريع لانها لم يصدر بها تشريع من الدولة فيمكن ان نقرر بصفة مبدئية انه لا يجوز الطعن على نصوصها بعدم الدستورية إذ اننا سوف نرى أن ذلك الطعن قاصر على نصوص التشريع فقط.

٢- استعملت محكمة النقض عبارة (بعد تجميعها من مصادرها)، ويتضح من هذه العبارة ان محكمة النقض تأخذ فى اعتبارها قواعد مجموعة ١٩٣٨ بقدر ما تكون هذه القواعد مستمدة من المصادر المتعارف عليها لشرائع غير المسلمين وبمعنى آخر ان القاعدة الواردة بهذه المجموعة ليست لها قيمة ذاتية بل تتحدد قيمتها استنادا للمصدر الاصلى الذى استمدت منه دون ان يعطيها وجودها ضمن نصوص المجموعة قوة ملزمة فى حد ذاتها. وهو ما قرره بعض الفقه صراحة فيشير إلى أن مجموعة ١٩٣٨ «تعبر عن اتجاه ابناء الطائفة فى صورة حديثة صالحة للتطبيق امام الجهات القضائية ولم يقصد من ورائها إلغاء القواعد السابقة التى جاءت بها المجموعات القديمة وكتب الفقه، ولكن كان القصد من اعدادها التيسير والتغلب على الصعوبات التى تعترض من يفصل فى منازعاتهم، نظرا لتشتت القواعد وصعوبة الوقوف عليها، فكان من اللازم صياغتها فى مواد بسيطة يسهل الرجوع إليها، مع مراعاة عدم الخروج بصفة عامة عن الفقه الثابت لدى ابناء الطائفة، ولهذا فإنه يتعين التقيد بما جاء فيها من احكام وخاصة فى حدود صلة هذه الاحكام بالماضى باعتبارها امتدادا وتنظيما للمجموعات السابقة، حقا أن هناك اختلاف بين ما جاءت به وبين المجموعات القديمة إلا أنه ينبغى التسليم بامكان تطبيقها على الاقل فى

الحدود التى تتفق فيها مع المجموعات القديمة خاصة ان مجموعة ١٩٣٨ لم تخرج كثيرا عن هذه المجموعات وقد اكتسبت مجموعة ١٩٣٨ من تكرار تطبيقها امام المجالس الملية ومن الاعتقاد فى قوة الزامها ما جعلها ترقى إلى مصاف القواعد العرفية المعتبرة ضمن مصادر القانون الكنسى وخاصة فيما لاخلاف فيه مع ما جاء بالمصادر السابقة عليها على اختلاف انواعها »[٢٠].

٣- تؤكد محكمة النقض بوضوح على مسألة اطراد تطبيق قواعد مجموعة ١٩٣٨ بواسطة المجالس الملية، فهى تستعمل عبارة «*اطردت المجالس على تطبيقها* » او عبارة «*ان المحاكم الملية قد جرت على تطبيق احكام هذه المجموعة منذ وضعها حتى الغيت تلك المحاكم بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥* ». ولا نشك كثيرا فى أن محكمة النقض تقصد بهذه العبارات أن مجموعة ١٩٣٨ قد اكتسبت قوتها من اطراد المجالس الملية على تطبيق قواعدها وبوضوح اكثر- انها اعتبرتها من قبيل العرف الملزم.

ومن جانبنا فإننا وبعد استعراض الفقه والقضاء السابقين لا نتردد فى القول بأن مجموعة ١٩٣٨ ***عند صدورها*** لم تكن متمتعة بأية قوة ملزمة ذاتية ، فالقواعد التى تضمنتها هذه المجموعة لا تخرج عن نوعين من القواعد:

النوع الاول :

القواعد التى تستمد قوتها الملزمة من مصدر معترف به من مصادر شريعة الاقباط الارثوذكس مثل الانجيل او رسائل الرسل او قرارات المجامع المقدسة، وهذه القواعد لم تكن فى حاجة إلى وضعها فى مجموعة ١٩٣٨

---

(٢٠) توفيق فرج - السابق ص ١٥١، ١٥٢.

لكى تتمتع بالقوة الملزمة، حقيقة أن وضعها فى هذه المجموعة قد اكسبها وضوحا وتحديدا إلا أنه لم يضف جديدا إلى قوتها الملزمة ، إذ أن من المقرر أن مجرد تجميع بعض القواعد او كتابتها لا يكسبها قوة ملزمة لم تكن لها من قبل ويعد ذلك من قبيل تسهيل العثور على هذه القواعد والرجوع إليها(٢١).

والنوع الثانى.

القواعد التى استحدثها المجلس الملى نفسه عند وضعه لهذه المجموعة، وهذه القواعد ليست لها أية قوة ملزمة طالما أنها لا تستند لاى مصدر سابق من مصادر الشريعة المسيحية وطالما اننا سلمنا أن المجلس الملى ليس له اختصاص تشريعى، إلا أن هذه القواعد قد تكتسب قوة ملزمة بعد ذلك من اطراد تطبيقها امام المجالس الملية فتصبح من قبيل القواعد العرفية الملزمة وإلى هنا فإننا لا نختلف كثيرا مع ما قرره الفقه والقضاء من تمتع مجموعة ١٩٣٨ بقوة العرف.

إلا أننا نطرح السؤال التالى: لو أن بعض هذه القواعد المستحدثة فى مجموعة ١٩٣٨ لم تطبق على الاطلاق امام المجالس الملية وحتى الغائها فى عام ١٩٥٥ فهل تكون لهذه القواعد قوة ملزمة؟ وبصياغة اخرى: هل اطراد المجالس الملية على تطبيق قواعد مجموعة ١٩٣٨ قبل الغاء هذه المجالس ، يكسب هذه المجموعة فى مجملها قوة العرف ام أن ذلك قاصر على القواعد التى طبقت بالفعل واطرد تطبيقها واكتسبت بذلك صفة العرف؟ وسبب طرح هذا السؤال واضح، إذ من المتصور أن توجد قاعدة من قواعد مجموعة

---

(٢١) يقال ذلك عادة بشأن القواعد العرفية التى يتم تجميعها وتبويبها من اجل تيسير تطبيقها امام الجهات المختصة:

La rédaction des coutumes ne transforme pas les règles coutumières en règles légales: bien que mises par écrit, elles ne sont pas, pour autant, l'ouvvre du législateur. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et Francois Chabas. Lecons de Droit Civil - tome premier 1989 Neuvième édition par Francois Chabas, p. 122.

١٩٣٨ ، لم تعرض بشأنها منازعات على المجالس الملية مثلا، او عرض النزاع بشأنها مرة واحدة او مرات محدودة لا تكفى للقول بتوافر شروط العرف بالنسبة لكل قاعدة من هذه القواعد.

ان العبارات التى استخدمها الفقه والقضاء المصريين قد جاءت مطلقة فى هذا الشأن بحيث يستفاد منها ان مجموعة ١٩٣٨ ***فى مجملها*** قد اكتسبت قوة العرف الملزم ودون حاجة لبحث ما إذا كانت كل قاعدة من قواعد هذه المجموعة قد توافرت فيها الشروط اللازمة لنشأة القاعدة العرفية أم لا ، بل أن محكمة النقض لا تبدى فى احدث احكامها اى تحفظ بشأن القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ فى مجملها وتستند إلى قواعدها باعتبارها القانون واجب التطبيق على مسائل الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس(٢٢).

ولكننا نعتقد أن هناك شئ من التجاوز فى هذا الإطلاق للقوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ فى مجملها ، ويتضح ذلك إذا استعرضنا بإيجاز تعريف العرف واركانه(٢٣).

---

(٢٢) من هذه الاحكام وجميعها لم ينشر بعد : نقض ١٢/١٥ / ١٩٩٢/ فى الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٥٩ق، نقض ١٩٩٣/٣/١٦ فى الطعن رقم ٥٠ لسنة ٦٠ق، نقض ١٩٩٣/٤/٢٠ فى الطعن رقم ٥٩ لسنة ٦٠ ق، نقض ١٩٩٤/٣/٢٩ فى الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٦٠ ق ، نقض ١٩٩٤/٥/١٠ فى الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٦٠ق ، نقض ١٩٩٤/٥/١٧ فى الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٦٣ق، نقض ١٩٩٤/٦/١٤ فى الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٣ق، نقض ١٩٩٥/١/٣١ فى الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٦١ق، نقض ١٩٩٥/٢/٢٨ فى الطعن رقم ١٤١ لسنة ٦١ق، نقض ١٩٩٥/٣/٢٨ فى الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٧ق ، نقض ١٩٩٥/١٢/١١ فى الطعن رقم ٨٧ لسنة ٦٢ق، نقض ١٩٩٦/٣/٢٥ فى الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٦٢ق.

(٢٣) راجع فى العرف تفصيلا

Henri Capitant- Introduction à l'étude du Droit Civil - Notions Générales- Quatrième Edition 1925 p. 45 et s.,Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil- Tome I. Introduction Générale à l'étude Du Droit. 2e. édition 1972. p. 201 et s.,Alex Weill et Francois Terré- Droit Civil- Introduction générale Quatrième édition 1979. p. 195 et s., Jaques Ghestin et Gilles Goubeaux- Traité de Droit Civil- I -2e. édition 1983. p. 390 et s. =

فالعرف هو «اعتياد الناس على اتباع قاعدة معينة من قواعد السلوك مع اعتقادهم فى الزاميتها»[(٢٤)] وبتعبير آخر هو«اطراد العمل بين الناس وفقا لسلوك معين اطرادا مقترنا باحساسهم بوجود جزاء قانونى يكفل احترام هذا السلوك»[(٢٥)].

ويستفاد من التعريف السابق أن للعرف ركنين اساسيين:

الاول : الاعتياد على اتباع قاعدة او مسلك معين ويسمى بالركن المادى .

والثانى : الاعتقاد بالزامية هذه القاعدة وهذا هو الركن المعنوى او النفسى[(٢٦)].

ولا حاجة بنا هنا للدخول فى تفاصيل العرف وكل ما يهمنا هنا ان نذكر بأن الركن المادى للعرف يتمثل فى «الاعتياد المستمر طويل الأجل، وهو يفترض مجموعة متواترة من التصرفات أو الافعال الايجابية او السلبية القادرة على تكوين رابطة متميزة من روابط الحياة الاجتماعية»[(٢٧)]

= وراجع أيضا سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ١٩٧٣ ص ٤٢٣ وما بعدها، نعمان جمعة - المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ ص ١٩٢ وما بعدها ، حمدى عبد الرحمن- فكرة القانون ١٩٧٩ ص ١٩٣ وما بعدها ، حسام الاهوانى- اصول القانون ١٩٨٨ ص ١٥٥ وما بعدها، نزيه الصادق المهدى- المدخل لدراسة القانون ١٩٩٢ ص ١٥٥ وما بعدها ، محمد لبيب شنب - المدخل لدراسة القانون ١٩٩٥ ص ١٤٢ وما بعدها

(٢٤) لبيب شنب - السابق ص ١٤٢.

(٢٥) سمير تناغو - السابق ص ٤٢٤ ولا يخرج التعريف الدارج للعرف فى الفقه الفرنسى عن ذلك
"La coutume est en effet , d'après la definition la plus courante... une partique répétée pendant une certaine durée, et tenue pour obligatoire. Michel Troper- Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement - Droits- Revue Francaise de théorie juridique. Couronnée par l'institut de France, Acadèmie des sciences morales et politiques. 3- 1986- p. 11.

ومازال هذا التصوير التقليدى للعرف سائدا رغم ما وجهه له بعض الفقه من نقد- راجع فى تقييم التصوير التقليدى للعرف- جسام الاهوانى- السابق ص١٦٠ وما بعدها .

(٢٦) لبيب شنب- السابق ص ١٤٤.

(٢٧) راجع سمير تناغو- السابق ص ٤٢٧.

فالقانون هنا ينشأ ويرسخ من اعتياد الناس على الخضوع لنفس القاعدة. ومراعاتها فى كل المرات التى تحدث فيها واقعة معينة (٢٨) فالقانون العرفى هو اذن الناتج الطبيعى للمعاملات وضرورات الحياة العملية (٢٩).

ولا تتحول هذه العادة إلى عرف إلا إذا اتصفت بالقدم اى إذا تكررت العديد من المرات(٣٠).

وهكذا يتضح لنا ان توافر الركن المادى للعرف يقتضى تكرار سلوك معين والاعتياد عليه، فهذا الركن ينشأ «باتجاه الناس إلى سلوك معين تجاه مشكلة معينة واستقرار هذا السلوك بينهم وليس من اليسير تحديد نقطة البداية فى تكوين العادة وربما تكمن فى اهتداء احد الناس او بعضهم إلى هذا الحل وقد يكون البادئ شخصا ذا نفوذ ادبى او علمى او دينى ، كأن يكون زعيما سياسيا او مفكرا او رجل دين وقد تكمن نقطة البداية فى حكم قضائى بحل معين او رأى فقهى اشار به، واستحسنه الناس فرتبوا سلوكهم على اساسه، وتحت تأثير غريزة التقليد او الاقتصاد فى الجهد ، يتجه اغلب الناس إلى هذا الحل ويسيرون عليه، وهنا يستقر هذا السلوك ويصبح عادة يألفها الناس كحل للمشكلة المطروحة»(٣١).

(28) Le droit s'etablit et se consolide par l'hapitude que prennent les hommes de se soumettre à l'observation d'une même règle, toutes les fois que se renouvelle le même fait. Capitant, op. cit. p. 45.

(29) Le droit coutumière est donc le produit naturel du commerce juridique. Crée par une longue tradition , par un usage indéfiniment répété, il est moulé sur les situations qu'il régit , ses solutions sont en accord parfait avec les nécessités de la vie pratique. Capitant op. cit. p. 47.

(30) Pour qu'un usage puisse devenir coutume il doit d'abord être ancien, c'est- à- dire, résulter de la répetition d'un assez grand nombre d'actes semblables. Ghestin et Goubeaux. op. cit. p. 392.

وراجع أيضا فى ذات المعنى مازو وشابا - السابق ص ١٢١ حيث يذكر ان :

La coutume est un usage qui ne devient règle de droit qu'en se généralisant peu à peu et parce que le milieu social, la conscience populaire viennent à la considére comme obligatoire.

(٣١) نعمان جمعه - السابق ص٢٠٤.

ولذلك فقد أبدى البعض ملاحظة جديرة بالاعتبار حول العرف وكيف نلاحظ من خلاله ان الواقع يخلق القانون [٣٢] ، كما يلاحظ البعض الآخر - وبحق- ان العرف «هو مظهر التلقائية فى قدرة المجتمع على الاستجابة لمقتضيات النظام والتنظيم فيما ينشأ بين افراده من وقائع وعلاقات» [٣٣] .

ويتبين لنا مما تقدم ان القاعدة العرفية لا يمكن - بعكس التشريع فى بعض الحالات - ان تكون قاعدة نظرية بحتة لم تطبق من قبل ، بل لابد لكى تنشأ من حيث الاصل ان تكون قد طبقت بالفعل ، والاكثر من ذلك ان تكون قد طبقت عدة مرات بحيث يمكن القول ان صفة القدم قد تحققت فى هذه القاعدة، ولذلك لا نستطيع التسليم بأن مجموعة معينة من القواعد تمت صياغتها فى شكل مجموعة موحدة- وهو ما حدث بالنسبة لمجموعة ١٩٣٨- قد اكتسبت جميعها صفة العرف الملزم لان المجالس الملية قد اعتادت تطبيق نصوصها ، فالنص الوارد بهذه المجموعة- والفرض هنا انه من النوع الثانى الذى استحدثه واضعو المجموعة - قد يصلح نقطة بداية لنشأة قاعدة عرفية خاصة بمشكلة معينة او نزاع معين، فإذا تكرر تطبيق هذه القاعدة بذاتها عددا من المرات يكفى لنشوء الركن المادى ومن ثم الركن المعنوى للعرف ، فإن هذه القاعدة، ***وحدها ودون غيرها*** ، هى التى تكتسب

---

(32) La coutume est en effet, d'après la dèfinition la plus courante ... une pratique répétée pendant une certaine durée, et tenue pour obligatoire.Elle donne alors naissance à une règle, selon laquelle il faut se conduire comme on l'a fait jasque- là . Cependant, la pratique et le sentiment d'obligation sont des faits. Comment peuvent ils alors donner naissance à une règle, c'est-à- dire, à du droit ? comment est- il possible, contrairement à ce qu'on admet généralement - et qu'on vient de rappeler qu'une conduite soit obligatoire simplement parce qu'elle a eu lieu ? Troper- op. cit. p. 11

وراجع فى الركن المادى للعرف ايضا مارتى ورينو - السابق ص ٢٠٢ وايضا ويل وتيريه السابق ص ١٩٥ وما بعدها .

(٣٣) حمدى عبد الرحمن - السابق ص ١٩٤ .

صفة القاعدة العرفية الملزمة، فإذا فرض ولم يتم تطبيق بعض نصوص هذه المجموعة أو لم تطبق عددا كافيا من المرات يكفى لتوافر ركنها المادى، فلا يمكن القول أن هذه النصوص قد اكتسبت صفة العرف الملزم لان المجالس الملية طبقت بعض نصوصها الاخرى(٣٤)، فيجب ان تتوافر اركان العرف فى كل قاعدة من قواعد هذه المجموعة على حدة لكى تكتسب صفة العرف الملزم.

وهكذا فإن نظرية العرف لا تصلح اساسا لتفسير القوة الملزمة لجميع القواعد التى تضمنتها مجموعة ١٩٣٨ بل تكفى لتفسير القوة الملزمة لبعض هذه القواعد فقط وهى تلك التى توافرت فيها اركان العرف، اما غير ذلك من القواعد فإنها اما أن تكون مستمدة من مصدر سابق معترف به لشريعة الاقباط الارثوذكس فتستمد قوتها منه واما ان تكون قاعدة مستحدثة لم تتوافر فيها اركان العرف فلا تتمتع بأية قوة ملزمة.

---

(٣٤) ونلاحظ هنا التركيز على الدور الذى لعبته المجالس الملية فى تكوين العرف المستند لمجموعة ١٩٣٨ ولذلك فإننا لا نبالغ إذا قلنا ان هذا الدور يقترب كثيرا من الدور الذى يلعبه القضاء فى دول القانون العام - القانون الانجلو امريكى- فى تكوين العرف، إذ يلعب القضاء هناك دورا لا يمكن اغفاله فى تكوين القاعدة العرفية. - راجع فى ذلك تفصيلا

André Tunc- Coutume et "Common Law"- Droits- Revue Francaise de théorie juridique-3- 1986- p. 51 et s.

ويختتم بحثه بسؤال ايحائى هام هو : هل العامل القضائى اجنبى تماما عن العرف ؟راجع

Le facteur juridique est- il étranger à la coutume? ص ٦١.

المطلب الثانى
النظرية الثانية
نظرية الاحالة

ويمكن ايجاز هذه النظرية فى ان اساس القوة الملزمة لشرائع غير المسلمين - ومنها مجموعة ١٩٣٨ - هو احالة المشرع إلى هذه الشرائع. وقد ظهرت هذه النظرية فى الفقه المصرى أولا بصياغة معينة ثم صاغتها بطريقة أخرى المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الذى نتناوله بالبحث. ويقصد بالاحالة هنا ما نص عليه المشرع فى المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من ان «تصدر الاحكام فى المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية والوقف والتى كانت اصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة.

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية لغير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الاحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم» ، فالواضح ان المشرع يحيل فى هذا النص إلى شريعة غير المسلمين فى مسائل الاحوال الشخصية ، وسوف نتناول اولا الصياغة الفقهية لهذه النظرية ثم صياغة المحكمة الدستورية العليا لها على التعاقب.

الفرع الأول
الصياغة الفقهية لنظرية الاحالة
«احالة المشرع للشريعة الدينية يجعل منها قانونا وضعيا»

وتبدأ هذه النظرية بنقد ما جرى عليه الفقه المصري من القول بأن هناك ازدواجا فى المصدر الرسمى الاصلى للقانون بين التشريع والدين فالتشريع هو المصدر الرسمى الاصلى العام الذى يرجع اليه ابتداء بشأن كل المعاملات

والعلاقات، اما الدين فهو المصدر الرسمى الاصلى الخاص الذى يرجع اليه ابتداء فى المسائل التى يطلق عليها اصطلاح الاحوال الشخصية ، فلا مبرر للقول بهذا الازدواج ، فمن ناحية لم تعد احكام الشرائع الدينية هى المرجع فيما كان يطلق عليه قديما اصطلاح الاحوال الشخصية ، بل ان معظم المسائل التى كانت تعتبر من قبيل الاحوال الشخصية اصبحت الآن خاضعة لتشريعات تنظمها طبقا لقواعد موحدة بالنسبة للمصريين جميعا، وقد انحصرت المسائل التى يرجع فى شأنها إلى الشرائع الدينية فى علاقات الاسرة من زواج وطلاق وغير ذلك، بل وفى بعض هذه العلاقات فقط، ومن ناحية أخرى فإنه فى النطاق المحدود الذى يرجع فيه الى الشرائع الدينية لأطراف النزاع فإن هذا الرجوع لا يعنى ان هذه الشرائع هى مصدر القانون الذى يحكم هذا النزاع، بل هى تحدد فقط مضمون القواعد التى يطبقها القاضى، اما مصدر القانون فيظل هو دائما التشريع ، والقاضى يطبق قواعد مصدرها التشريع ومضمونها مستمد من الشرائع الدينية[٣٥] .

فالشرائع المتعددة مصدرها سلطة الدولة، فعندما يطبق القاضى الشرائع الدينية فهو يأتمر فى هذا بأمر الدولة، ولهذا تعتبر هذه الشرائع فى الحدودالتى سمحت فيها الدولة بتطبيقها صادرة عن ارادة الدولة ذاتها، ومن الواجب التفرقة بين مصدر القاعدة القانونية وبين مضمونها، ومصدر القانون دائما هو سلطة الدولة ، أما مضمون القانون فهو يرجع إلى اصول مختلفة، وهو يستخلص اما من جوهر القانون او من المبادئ العامة للقانون او ينتج من القوى الخلاقة للقانون ... بل ان مضمون القانون قد يكون متكاملا من ناحية الصياغة فى صورة قواعد منضبطة موجودة فى تشريع دولة اجنبية او فى شريعة دينية او فى مؤلف فقهى، ***ويقوم المشرع بنقل هذا المضمون نقلا حرفيا فى التشريع الذى يصدره او يقوم بالاحالة اليه احالة كاملة***، وفى جميع هذه الفروض وبمجرد صدور القاعدة عن إرادة الدولة فإنها

---

(٣٥) سمير تناغو - السابق ص ٢٧٢، ٢٧٣.

تصبح قاعدة وضعية فى هذه الدولة بالذات، بغض النظر عن الاصل الذى اخذ منه مضمونها، ***ولهذا فإن مصدر الاحكام الدينية المطبقة على علاقات الاسرة فى مصر هو القانون الوضعى*** وكل قانون يطبق فى الدولة هو قانون وضعى من وضع هذه الدولة ذاتها... فالمشرع عندما يضع قانونا يستوحى احكامه من شريعة دينية معينة، فإن القانون المطبق يكون هو قانون الدولة وليس الشريعة التى استوحى منها مضمون هذا القانون. وكذلك الشأن إذا أحال المشرع إلى شريعة دينية لحكم علاقة معينة فإن القاضى يطبق فى هذه الحالة قانون الدولة على هذه العلاقة ولا يتطابق هذا المعنى مع القول بأن هناك تفويضا من الدولة بتطبيق الشريعة الدينية، لأن مقتضى فكرة التفويض ان هذه الشريعة قانون قائم بذاته وان قانون الدولة يتنازل له عن اختصاصه ويفوضه فى حكم المسألة، أما ما نقصده فهو ان الشريعة الدينية ليست قانونا قائما بذاته وان المشرع لا يتنازل لها عن اختصاصه، ولكنه يأخذ منها فقط مضمون القاعدة التى تنطبق باعتبارها قانون الدولة، وإذا أمر المشرع بتطبيق اكثر من شريعة دينية فيعنى ذلك ان هناك تعددا فى القانون الوضعى بالنسبة لبعض العلاقات(٣٦).

ويخلص مما سبق ان الاديان لا تعتبر فى مصر مصدرا رسميا اصليا لبعض القواعد القانونية، وانما هى تتضمن فقط بعض القواعد التشريعية وقد نقل المشرع هذا المضمون فى بعض التشريعات التى اصدرها كما فى قانون الميراث وقانون الوصية وغير ذلك، كما احال إلى هذا المضمون بمقتضى تشريعات اخرى كما هو الشأن بالنسبة لبعض مسائل الزواج على التفصيل السابق ذكره (٣٧).

ويمكننا قبل التعقيب على هذه النظرية ان نوجزها فيما يلى:

١- ان مصدر الالزام بشرائع غير المسلمين فى مجال الاحوال

---

(٣٦) سمير تناغو السابق ص ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢.

(٣٧) سمير تناغو - السابق ص ٢٩٢.

الشخصية هو سلطة الدولة وليس الدين.

٢- ان الدين يحدد مضمون القاعدة وليس هو مصدرها الملزم.

٣- يحدد الدين مضمون القاعدة فى صورتين هما :

أ- نقل المشرع لمضمون القاعدة الدينية حرفيا فى نص تشريعى.

ب- احالة المشرع إلى الشريعة الدينية احالة كاملة.

٤- ان امر المشرع بتطبيق الشريعة الدينية يضفى عليها صفة القانون الوضعى ويجعلها من قوانين الدولة نفسها.

ونلاحظ على النظرية السابقة ملاحظة هامة وهى انها لم ترتب على احالة المشرع إلى الشريعة الدينية ان تصبح هذه الاخيرة من قبيل التشريع، وقد اصابت النظرية فى ذلك ، لان تمتع القاعدة القانونية بالصفة الملزمة ليس قاصرا على القواعد التى يكون مصدرها التشريع فقط، بل تتمتع بهذه الصفة كل القواعد المستمدة من مصادر القانون الملزمة المعترف بها، فلم ترتب النظرية على احالة المشرع للقاعدة الواردة بالشريعة الدينية ان تتغير طبيعة هذه القاعدة وتصبح من قبيل التشريع، كل ما هناك انها تكتسب قوة القانون الوضعى نتيجة لهذه الإحالة.

إلا اننا نأخذ على هذه النظرية أن الصورتين اللتين طرحتهما النظرية لفكرة الاحالة لا تنطبق اى منهما على احالة المشرع لشريعة غير المسلمين بمقتضى المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وعن الصورة الأولى: وهى *نقل المشرع لمضمون القاعدة الدينية حرفيا فى نص تشريعى* ، فهى لم تتحقق اطلاقا بالنسبة لشرائع غير المسلمين ، وتحققت فقط بالنسبة لبعض مسائل الاحوال الشخصية التى خضعت لتشريعات موحدة مستمدة فى غالبيتها من الشريعة الإسلامية مثل قانونى الميراث والوصية[٣٨] وكذلك بالنسبة لبعض التشريعات التى صدرت لتطبق

(٣٨) القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية.

على المسلمين - بحسب الاصل - فى مسائل الاحوال الشخصية[٣٩] ، وهنا فإننا لسنا فى حاجة إلى التأصيل المستند لنظرية الاحالة، إذ ان الشريعة ليست الا مصدرا ماديا للقواعد الواردة بهذه التشريعات ويظل مصدرها الرسمى هو التشريع فقط ولا تثور هنا مشكلة على الاطلاق ، وسيرا وراء هذا المنطق فإن هذا الفرض لم يتحقق اطلاقا بالنسبة لمجموعة ١٩٣٨ حيث لم يحدث ان نقل المشرع مضمون احد نصوصها فى نص تشريعى.

وعن الصورة الثانية: *وهى احالة المشرع إلى الشريعة الدينية احالة كاملة*، فيبدو ان المقصود بالاحالة الكاملة ان ينص المشرع مثلا على ان «تطبق على منازعات الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الاحكام الواردة بمجموعة ١٩٣٨ المعتمدة من المجلس الملى العام للاقباط الارثوذكس فى ٨ مايو سنة ١٩٣٨ » او «الاحكام الواردة بمجموعة البطريرك كيرلس بن لقلق، او المجموع الصفوى لابن العسال او الخلاصة القانونية للايفومانس فيلوثاءوس »، فلابد لكى يتوافر مفهوم الاحالة الكاملة الذى ذكرته النظرية ان تكون هناك مجموعة محددة من القواعد يحيل اليها المشرع صراحة فتكتسب قوة القانون الوضعى نتيجة لذلك، فهل كان الامر كذلك بالنسبة لمجموعة ١٩٣٨؟

نسارع فورا إلى نفى ذلك ، فليس هناك نص تشريعى يحيل صراحة إلى مجموعة ١٩٣٨ ولذلك فإن صورة الاحالة الكاملة التى اعتمدتها النظرية لا تتحقق بالنسبة لها أيضا ، فالمشرع لم يذكر بالمادة ٢/٦ من القانون رقم٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ سوى ان تصدر الاحكام فى مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ***(طبقا لشريعتهم)*** ، ولم

(٣٩) مثل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص باحكام النفقة وبعض مسائل الاحوال الشخصية والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض احكام الاحوال الشخصية.

يحدد المشرع مجموعة معينة من القواعد يرجع اليها بشأن شريعة غير المسلمين، ويؤيد ما نقوله ما ورد بقضاء محكمة النقض من انه «وكان لفظ شريعتهم التى تصدر الاحكام طبقا لها فى مسائل الاحوال الشخصية .. هو لفظ عام ... ينصرف الى كل ما كانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل الغائها باعتباره شريعة نافذة، إذ لم يكن فى ميسور المشرع حين الغى هذه الجهات ان يضع القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين فاكتفى بتوحيد جهات القضاء، تاركا الوضع على ما كان عليه بالنسبة للاحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها، واحال الى الشريعة التى كانت تطبق فى تلك المسائل امام جهات القضاء الملى ولم تكن هذه الشريعة قاصرة على ما جاء بالكتب السماوية، وكان مما يدل على حقيقة قصد المشرع وان ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين لم يكن قاصرا على القواعد التى جاءت بها الكتب المنزلة ما اورده المشرع بالمذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه من ان «القواعد الموضوعية التى تطبقها اكثر المجالس فيما يطرح عليها من الاقضية غير مدونة وليس من اليسير ان يهتدى اليها عامة المتقاضين، وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت»(٤٠).

فيتضح من حكم النقض سالف الذكر أن المشرع لم يقنن القواعد الموضوعية للاحوال الشخصية لغير المسلمين، كما انه لم يقم بالاحالة الى مجموعة بعينها من القواعد بل احال إلى كل ما كانت تطبقه المجالس الملية فى ذلك الوقت، ولم يخص مجموعة ١٩٣٨ بوضع مميز بل ظلت قواعدها هى الاخرى داخلة فى مضمون اللفظ العام لشريعة غير المسلمين، وبذلك

---

(٤٠) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ق - مجموعة س ٢٨ ص ٣٠٢.

يتأكد ما قلناه من عدم توافر الصورة التى طرحتها النظرية وهى صورة الاحالة الكاملة للشريعة الدينية، طالما أن المشرع لم يحدد مجموعة بعينها من القواعد يتم الرجوع اليها بل ترك الباب مفتوحا امام تطبيق جميع القواعد التى كانت تطبقها المجالس الملية.

ونأخذ أيضا على هذه النظرية انها لم تحدد لنا مصدرا معينا من مصادر القاعدة القانونية يمكن ان ندرج تحته قواعد شرائع غير المسلمين- ومن بينها مجموعة ١٩٣٨ - ولذلك فإن هذه النظرية لا تتعارض مطلقا مع قولنا السابق بأن مجموعة ١٩٣٨ ليست لها قيمة ذاتية بل ان القواعد الواردة فيها تستمد قوتها الملزمة من المصدر الذى نشأت منه كل منها، الا ان المحكمة الدستورية العليا رغم تبنيها ايضا لنظرية الاحالة، فإنها قد اعلنت صراحة ان احالة المشرع لشرائع غير المسلمين يجعلها بمثابة التشريع الذى يخضع لرقابة دستورية القوانين وهو ما سنتناوله فيما يلى .

الفرع الثانى

نظرية الاحالة فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

«احالة المشرع لشرائع غير المسلمين يجعلها بمثابة التشريع»

ذكرت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها انه «وحيث ان المشرع وقد احال فى شأن الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين - وفى اطار القواعد القانونية التى تنظمها - الى شرائعهم مستلزما تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها، فإن المشرع يكون قد ارتقى بالقواعد التى تتضمنها هذه الشرائع إلى مرتبة القواعد القانونية التى ينضبط بها المخاطبون باحكامها ، فلا يحيدون عنها فى مختلف مظاهر سلوكهم - ويندرج تحتها - وفى نطاق الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس- لائحتهم التى اقرها

المجلس الملى العام بجلسته المنعقدة فى ٩ مايو ١٩٣٨ والتى عمل بها اعتبارا من ٨ يوليو ١٩٣٨ ، اذ تعتبر القواعد التى احتوتها لائحتهم هذه وعلى ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار اليه ، شريعتهم التى تنظم اصلا مسائل احوالهم الشخصية ، بما مؤداه خضوعها للرقابة الدستورية التى تتولاها هذه المحكمة».

ويهمنا هنا ما ذكرته المحكمة من ان المشرع باحالته لشرائع غير المسلمين «يكون قد ارتقى بالقواعد التى تتضمنها هذه الشرائع الى مرتبة القواعد القانونية» وما رتبته على ذلك حتما من خضوع قواعد مجموعة ١٩٣٨ للرقابة الدستورية التى تتولاها المحكمة.

ونلاحظ فورا أن المحكمة قد استعملت عبارة «القواعد القانونية» تعبيرا عن المكانة التى وصلت اليها قواعد شرائع غير المسلمين نتيجة لاحالة المشرع إليها، ويبدو لاول وهلة ان هذه الصياغة تتطابق مع الصياغة الفقهية التى سبق ان تناولناها لنظرية الاحالة والتى ترى ان اثر الاحالة هو جعل قواعد شرائع غير المسلمين فى قوة القوانين الوضعية دون ان تذكر ان هذه القواعد تصبح بمثابة التشريع، إلا أننا نسارع فورا إلى نفى هذا التطابق ونؤكد ان المحكمة الدستورية تقصد صراحة ان هذه الاحالة تجعل من قواعد شرائع غير المسلمين بمثابة التشريع والا لما رتبت على ذلك نتيجة حتمية خاصة بالتشريع فقط وهى خضوع هذه القواعد لرقابة دستورية القوانين.

فقد نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا على أن «تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتى:

أولا :الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.

ثانيا : الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين

جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد امام جهتين منها ولم تتخل احدهما عن نظرها او تخلت كلتاهما عنها.

ثالثا : الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من اية جهة من جهات القضاء او هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها».

كما نصت المادة ٢٦ من ذات القانون على أن «تتولى المحكمة الدستورية تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لاحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الاهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها».

وبذلك يتحدد اختصاص المحكمة الدستورية العليا فيما يلى:

١- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.

٢- الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص القضائى وتنازع الاحكام بين الجهات القضائية.

٣- تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين تفسيرا ملزما.

ولا يهمنا هنا من هذه الاختصاصات سوى اختصاصها الاول برقابة دستورية القوانين واللوائح وذلك من اجل تحديد نوع القواعد القانونية التى تخضع لرقابة الدستورية التى تتولاها المحكمة، وما إذا كانت هذه الرقابة قاصرة على التشريع فقط ام تمتد لجميع القواعد القانونية ايا كان مصدرها؟

لقد ثار خلاف من قبل فى ظل قانون المحكمة العليا حول ما إذا كانت رقابتها للدستورية تشمل اللوائح ايضا ام لا وحسم هذا الخلاف باحكام

منها[٤١]. ولم يعد لهذا الخلاف محل فى ظل الدستور الحالى وقانون المحكمة الدستورية العليا حيث جاء النص فيهما صريحا على اختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين واللوائح، ولكننا لم نستطع من خلال بحثنا لهذا الخلاف ان نتوصل لما إذا كانت رقابة الدستورية يمكن أن تشمل انواعا اخرى من القواعد القانونية بخلاف التشريع كالعرف مثلا.

ويدفعنا إلى هذا التساؤل ان مصادر شريعة غير المسلمين لا تقتصر على المجموعات الحديثة التى صيغت على نسق التشريعات المعاصرة مثل مجموعة ١٩٣٨ بل تشمل بصفة اساسية مصادر الشريعة المسيحية الاصلية والتى تشترك فيها جميع المذاهب وهى: [٤٢]

١- الكتاب المقدس [٤٣]

---

(٤١) وقد ثارهذا الخلاف لان المادة ٤ من قانون المحكمة العليا قد نصت على اختصاصها بالفصل فى دستورية القوانين ولم تنص صراحة على اختصاصها بالفصل فى دستورية اللوائح ايضا، وقد حسمت المحكمة العليا هذا الخلاف بحكم جاء فيه «ان رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على احكامه باعتباره القانون الاساسى الأعلى الذى يرسى الاصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ولما كان هذا الهدف لا يتحقق... إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف انواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات اصلية صادرة من الهيئة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها الدستورى ..» حكمها الصادر فى ١٩٧١/٧/٣ فى القضية رقم ٤ لسنة ١ ق دستورية- احكام وقرارات المحكمة العليا - اعداد ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان- الجزء الأول- ص٦٦، وراجع فى هذا الخلاف تفصيلا : عادل عمر شريف - قضاء الدستورية - القضاء الدستورى فى مصر- ١٩٨٨ ص ٩٤ وما بعدها، صلاح الدين فوزى- الدعوى الدستورية ١٩٩٣ ص ٨٣ وما بعدها .

(٤٢) راجع تفصيلا فى مصادر الشريعة المسيحية توفيق فرج - السابق، ص١٣٥ وما بعدها، حسام الاهوانى - السابق ص٢٠٨ وما بعدها.

(٤٣) ويشمل التوراة (العهد القديم) والانجيل (العهد الجديد) حيث اقر السيد المسيح اتباع التوراة بقوله «ما جئت لانقض بل لأكمل» ويتكون العهد الجديد من اربعة اناجيل هى اناجيل متى ومرقص ولوقا ويوحنا، ويلحق به رسائل الرسل (القديسين) مثل رسالة بولس الرسول إلى اهل كورنتوس ورسالته إلى اهل افسس - راجع توفيق فرج - السابق ص ١٣٨ هامش (٢)..

٢- الكتابات المنسوبة إلى الرسل(٤٤)

٣- قرارات المجامع العامة والخاصة (٤٥)

٤- الفقه المسيحى(٤٦)

٥- العرف(٤٧)

(٤٤) وتنسب هذه الكتابات إلى الرسل وهى كتابات تحتوى على احكام مفصلة بعض الشئ عما ورد بالانجيل، واهمها كتاب الديداخا او مذهب الاثنى عشر رسولا ثم الدسقولية او تعاليم الرسل والمرسوم الكنسى المصرى والقوانين الكنسية الثلاثين والقوانين اللاحقة على صعود المسيح، كما وجدت كتابات اخرى تعد تجميعا للكتابات السابقة مثل الدساتير الرسولية والمجموعة الثانية لاقليمنطوس - راجع توفيق فرج - السابق ص ١٣٩ ، ١٤٠.

(٤٥) يقصد بالمجمع الاجتماع الذى يعقده رجال الكنيسة لبحث المشاكل التى يرون انها تحتاج إلى البحث والدراسة ويصدرون بشأنها قرارات تعتبر ملزمة للكنائس المشتركة فى الاجتماع. والمجامع اما ان تكون مجامع عامة وهى التى يحضرها ممثلو جميع الكنائس المسيحية وتسمى ايضا مجامع مسكونية اشارة إلى انها تضم ممثلى العالم المسكون بالمسيحيين جميعا، وقد تكون مجامع خاصة او محلية وهى التى يعقدها رجال الدين فى اقليم معين او رجال الدين لطائفة معينة. واهم المجامع المسكونية مجمع نيقية سنة ٣٢٥ ، مجمع القسطنطينية سنة ٣٨١ ، مجمع افسس سنة ٤٣١ ، مجمع خلقيدونة سنة ٤٥١ واهم المجامع الخاصة الشرقية مجمع انقرة سنة ٣٤١ ، مجمع قيصرية سنة ٣١٤ - ٣٢٥ ، مجمع انطاكية سنة ٣٤١ ، مجمع عنجرا سنة ٣٤٠ - ٣٧٠، مجمع اللاذقية سنة ٣٤٧ - ٣٨١ - راجع تفصيلا توفيق فرج - السابق ص ١٤٢، ١٤٣ وراجع ايضا :

Jean Dauvillier et Carlo De Clercq: Le mariage en droit canonique oriental . 1936. p. 2.

(٤٦) راجع حسام الاهوانى - السابق ص ٢١٢.

(٤٧) فيعتبر العرف مصدرا ملزما للشريعة المسيحية ايضا الا انه لا يكتسب قوة ملزمة إلا إذا حاز موافقة رجال الكنيسة- راجع حسام الاهوانى - السابق ص ٢١٣، ونشير بهذه المناسبة الى ان العرف يلعب دورا هاما فى تكوين القانون الكنسى وخاصة فى الكنيسة الكاثوليكية وذلك انطلاقا من ضرورة ان تؤخذ العادات التلقائية للمؤمنين محل الاعتبار وذلك بجوار النصوص المقدسة وإن كان من الضرورى خضوع هذا العرف لنوع من الرقابة الكنسية بحيث لا يتعارض مع النصوص المقدسة - راجع تفصيلا:

Alain Sériaux: Reflexion sur le pouvoir normatif de la coutume en droit cononique. Droits- Revue Francaise de théorie juridique 3-1986. p. 63 et s.

وقد تصدى بعض الفقه لهذه المسألة بشأن العرف على وجه الخصوص وذلك استنادا إلى ان مبدأ تدرج التشريع «لا ينطبق على التشريع بمفرده ولكنه ينطبق على جميع القواعد القانونية ايا كان مصدرها ومؤدى هذا المبدأ انه لا يجوز لقاعدة قانونية ادنى ان تخالف قاعدة قانونية اعلى منها فى الدرجة، والقواعد القانونية التى من درجة واحدة قد تكون قواعد عرفية، وقد تكون قواعد تشريعية، وطبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية فإنه يشترط لصحة العرف ان يكون غير متعارض مع قاعدة قانونية اعلى منه فى الدرجة سواء كانت هذه القاعدة تشريعية ام عرفية . . فكما ان التشريع يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية . . فإن العرف يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية او عدم القانونية وذلك بحسب درجته. . . . وعلى هذا النحو إذا نشأ عرف ادارى بشأن تنظيم سير احد المرافق العامة فإن هذا العرف يساوى فى الدرجة اللوائح التنظيمية ولذلك فهو لا يكون صحيحا إلا إذا كان موافقا للقانون العادى وكذلك للقانون الدستورى . . . ويلاحظ ان درجة العرف فى القوة يمكن استخلاصها من الركن المعنوى فيه، وهو ركن الاعتقاد القانونى، فهذا الاعتقاد هو الذى يحول الاعتياد المادى الى قاعدة قانونية وهو الذى يحدد قيمة هذه القاعدة فى التدرج الهرمى للنظام القانونى فى مجموعه. وغنى عن الذكر ان الاعتقاد القانونى يتأثر بدوره بالقوة الاجتماعية التى فرضت العرف، وما إذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية دستورية او قواعد عرفية عادية او قواعد عرفية فرعية.

وبطبيعة الحال فإن القاعدة العرفية الدستورية لا يمكن الطعن فى صحتها بأى شكل اما القاعدة العرفية العادية والعرفية الفرعية فهى التى تخضع لمبدأ دستورية العرف او مبدأ قانونية العرف بحسب درجتها»(٤٨) .

ويلاحظ ان هذا الرأى ذهب من قبل إلى ان إحالة المشرع لقواعد الشرائع الدينية يؤدى لاكتسابها صفة القواعد القانونية الوضعية (٤٩)، ولم

(٤٨) راجع سمير تناغو - السابق ص ٤٤٠، ٤٤١.

(٤٩) راجع ما سبق تحت عنوان : الصياغة الفقهية لنظرية الاحالة.

يعتبرها من قبيل التشريع ، ولكنه ذهب هنا إلى أبعد من ذلك وقرر ان جميع القواعد القانونية تخضع لرقابة الدستورية ولو لم تكن من قبيل التشريع وخص بالذكر العرف، حقيقة انه لم يذكر ذلك بمناسبة الحديث عن قواعد شرائع غير المسلمين إلا أن هذا الرأى يشملها بحكم الضرورة طالما انه قد اعتبرها من قبيل القواعد القانونية الوضعية.

ويلاحظ ان هناك العديد من الصعوبات التى يمكن ان تواجه هذا الرأى ، فقد يكون الامر ميسورا بالنسبة لرقابة دستورية القواعد التى صيغت فى شكل نصوص محددة وهو الشأن بالنسبة لمجموعة ١٩٣٨ - مع التحفظ باننا لا نسلم باعتبارها من قبيل التشريع - اما باقى مصادر قواعد الاحوال الشخصية فى الشريعة المسيحية فلن يكون الامر ميسورا بالنسبة لرقابة دستوريتها.

فإذا نظرنا للعرف كمصدر من مصادر هذه الشريعة فإنه يكون من الجائز وفقا لهذه النظرية ان يخضع لرقابة الدستورية، إلا أن هذا القول يصطدم مع صراحة نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا والذى قصر الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية فقط، فقد نصت المادة المذكورة على انه «يجب ان يتضمن القرار الصادر بالاحالة إلى المحكمة الدستورية العليا او صحيفة الدعوى المرفوعة اليها وفقا لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته واوجه المخالفة»، وهكذا لن يكون ممكنا باى حال من الاحوال عند الطعن بعدم دستورية احدى القواعد العرفية فى شرائع غير المسلمين ان يتضمن القرار الصادر بالاحالة او عريضة الدعوى المرفوعة للمحكمة الدستو رية العليا ***«النص التشريعى»*** المطعون بعدم دستوريته، فمهما كانت دقة القاعدة العرفية وتحديدها فإنها لن تعد بأى حال ***«نصا تشريعيا»*** طالما انها لم تصدر عن السلطة التشريعية، وبالاجراءات التى حددها الدستور يضاف إلى ذلك ان نص المادة ١٧٨ من الدستور صريح فى ان رقابة

الدستورية خاصة بالنصوص التشريعية دون غيرها اذ ورد بها «وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار».

كما تثور صعوبة اخرى تقليدية تتعلق بطبيعة العرف ذاتها اذ جرى القول على انه ليس من السهل دائما التيقن من وجود القاعدة العرفية من حيث المبدأ وكذلك يثور دائما الشك حول تحديد مضمونها على وجه اليقين(٥٠) ولذلك سيكون من الصعب بحث مسألة مدى مخالفة القاعدة العرفية للنص الدستورى طالما ان مضمون الاولى ليس محددا بدقة ،بل ان صفة الغموض وعدم التأكيد ليست قاصرة فى مجال الاحوال الشخصية لغير المسلمين على العرف فقط بل تمتد لكافة مصادر شرائع غير المسلمين وهو ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ حينما ذكرت ان القواعد التى كانت تطبقها جهات القضاء الملية «غير مدونة وليس من اليسير ان يهتدى اليها عامة المتقاضين وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت» كما أنه لا يغير من طبيعة القاعدة العرفية ان تتم كتابتها فذلك لا يحولها باى حال الى قاعدة تشريعية (٥١) بل الاكثر - وهو ما ينطبق تماما على نظرية المحكمة الدستورية العليا بشأن الاحالة - ان المشرع نفسه لو احال بنص تشريعى الى بعض القواعد العرفية لكى تنظم مسألة معينة وأمربتجميع هذه القواعد على وجه رسمى فإن ذلك لا يكسبها صفة التشريع، ويستتبع ذلك ان هذه القواعد رغم احالة المشرع اليها وصياغتها

---

(50) Les règles du droit coutumier sont toujours difficiles à constater et à préciser. On peut discuter sur leur ancienneté et sur leur degré d'autorité. Le droit coutumier doit être péniblement cherché et prouvé, et cette incertitude est son plus grave défaut . Capitant. op. cit. p. 47.

وراجع ايضا فى ذات المعنى مارتى ورينو - السابق ص ٢٠٩ ، ويل وتيريه- السابق ص ١٩٨.

(٥١) مازو وشابا- السابق ص ١٢٢.

فى شكل رسمى فإنها تظل خاضعة لطبيعة العرف التى من الممكن ان تؤدى لتطور القاعدة او اختفائها تماما(٥٢)

ولا تقتصر نظرية الاحالة كما وردت بحكم المحكمة الدستورية العليا على نوع معين من القواعد فى شرائع غير المسلمين بل يبدو انها تمتد لتشمل جميع هذه القواعد ايا كان مصدرها، فقد يكون مصدر القاعدة نصا فى الانجيل او رسالة من رسائل الرسل وهنا سيكون الامر شديد الغرابة عندما تتعرض المحكمة الدستورية العليا لمدى دستورية نص من النصوص المقدسة بدعوى مخالفته للدستور وذلك طالما انه يتضمن قاعدة من قواعد الاحوال الشخصية لغير المسلمين وهو ما يثير بشدة مشكلة ليس من اليسير مناقشتها تفصيلا فى هذا المقام وهى مشكلة رقابة القضاء للاعمال ذات الطبيعة الدينية المقدسة(٥٣).

وهكذا يتضح لنا من جملة ما تقدم ان المحكمة الدستورية العليا تختص برقابة دستورية القاعدة القانونية التى يكون مصدرها التشريع فقط دون غيره من مصادر القاعدة القانونية، وهو ما يتنافر بوضوح مع ما قررته

(52) Coutume secundum legem: Il s'agit des cas dans lesquels des règles de nature coutumière s'apppliquent parce que la loi le prévoit et y renvoie; elles sont ainsi intégrées formellement dans l'ordonnancement juridique fondé sur la loi qui lui reconnait compétence. Ces seuls cas obligent à consisdérer le problème de la coutume et interdisent de la traiter par prétérition comme certains auteurs auraient tendance à le faire.... . Pour faciliter la connaissance des usages dont il prévoit l'application, le législateur s'est préoccupé de les faire recueillir.... . Ces rédactions même lorsqu'elles ont été faites officiellement ne font pas obstacle à ce que l'usage puisse évoluer ou disparaitre. Marty et Raynaud op. cit. p. 205, 206.

(٥٣) قرب بشأن رقابة القضاء للقرارات البابوية - حسام الاهوانى - النتائج القانونية للقرارات البابوية فى مسائل الاحوال الشخصية- مجلة ادارة قضايا الحكومة- على جزئين - الاول : السنة ٢٤ العدد الرابع والثانى : السنة ٢٥ العدد الاول ،ص ٦٣ من الجزء الاول.

المحكمة فى حكمها من اخضاع القواعد الواردة بشرائع غير المسلمين على اطلاقها لرقابة الدستورية إذأن ذلك يعنى انها قد اعتبرتها جميعا بمثابة التشريع وهو ما فندناه تفصيلا فى حينه. وهذا الذى قررته المحكمة الدستورية العليا يتعارض ايضا مع مجموعة من القواعد الدستورية والقانونية الواضحة وهى:

١- ان السلطة المختصة بالتشريع وفقا للدستور المصرى هى مجلس الشعب (م٨٦ من الدستور) ومن الواضح ان قواعد الاحوال الشخصية لغير المسلمين لم تصدر عن هذا المجلس أو المجالس السابقة له والتى كانت تتولى سلطة التشريع.

٢- رسم الدستور خطوات واجراءات معينة لابد ان يمر بها سن التشريع وهى اجراءات الاقتراح والفحص والتصويت والاصدار (راجع بصفة خاصة المواد ١٠٩- ١١٣ من الدستور) وهو ما لم يتحقق اطلاقا بالنسبة لقواعد شرائع غير المسلمين.

٣- التشريع لا يكون الا مكتوبا ، اما شرائع غير المسلمين فتتضمن العديد من القواعد العرفية غير المكتوبة وحتى ان وجدت بها بعض القواعد المكتوبة مثل نصوص الكتاب المقدس فإن ذلك لا يكسبها صفة التشريع طالما انها لم تصدر عن السلطة التشريعية .

٤- لا يكون التشريع نافذا إلا بالنشر فقد نصت المادة ١٨٨ من الدستور على ان «تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من يوم اصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر». بينما لا تخضع شرائع غير المسلمين لاجراء النشر ولذلك يثور الشك كثيرا حول خضوع هذه التشريعات لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

وبذلك نستطيع ان نوجز ما نأخذه على مذهب المحكمة الدستورية

العليا فى هذا الشأن فيما يلى :

١- ان احالة المشرع لقواعد معينة غير تشريعية لا تكسبها صفة التشريع .

٢- ان نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا صريح فى انها لا تراقب سوى دستورية النصوص التشريعية فقط.

٣- ان قواعد شرائع غير المسلمين ليست جميعها محددة على وجه الدقة بحيث يمكن اخضاعها لرقابة الدستورية مثل النصوص التشريعية.

٤- ان رقابة دستورية القواعد التى تستمد من نصوص مقدسة سوف يثير مشاكل غاية فى التعقيد.

٥- يتعارض اعتبار قواعد شرائع غير المسلمين من قبيل التشريع مع المبادئ الاساسية التى تخضع لها نظرية التشريع بصفة عامة.

ولذلك فإننا نرى فى نهاية حديثنا فى موضوع اساس القوة الملزمة لمجموع ١٩٣٨ ان هذه المجموعة ليست لها قوة ملزمة فى حد ذاتها ولا يكون للقواعد الواردة بها قوة ملزمة إلا بقدر تعبيرها عن قواعد مستمدة من المصادر المعترف بها لشريعة الاقباط الارثوذكس وفى خارج هذا الاطار فإنها لا تتمتع باية قوة ملزمة سواء باعتبارها بمثابة التشريع ام غير ذلك.

وإذا كان رأينا هذا يخالف ما انتهت اليه المحكمة الدستورية العليا من الناحية النظرية المجردة، الا اننا لايمكننا اغفال البحث فى مدى الاهمية العملية لاخضاع قواعد شرائع غير المسلمين لرقابة الدستوررية وهو ما سنتناوله فيما يلى.

المبحث الثانى

الفائدة العملية لاخضاع قواعد شرائع غير المسلمين لرقابة الدستورية

لم تكن المحاكم عاجزة عن استبعاد تطبيق بعض قواعد شرائع غير المسلمين إذا تراءى لها انها مشوبة بعيب يحول دون تطبيقها ونقصد بذلك ان القاعدة لا تكون قابلة للتطبيق إذا كانت مخالفة للنظام العام فى مصر وذلك وفقا لنص المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والتى جاء بها « ... فتصدر الاحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم »(٥٤) ، فإذا كان الحكم المنصوص عليه فى الشريعة الطائفية مخالفا للنظام العام فى مصر فإنه يستبعد وتطبق احكام الشريعة الإسلامية.

ويمكن تعريف النظام العام بأنه « مجموعة من الاسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يقوم عليها مجتمع معين فى وقت محدد(٥٥).

---

(٥٤) راجع تفصيلا فى هذه المسألة : صلاح الدين عبد الوهاب - النظام العام فى الاحوال الشخصية فى مصر - المحاماة س٣٩ العدد ٢ ص ١٩٥ - ٢٠٤ ، العدد ٣ ص ٣٤٨-٣٥٧ ، احمد سلامة- الاحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللاجانب - الطبعة الثانية ١٩٦٢ ص ٣٣٠ وما بعدها ، حسام الاهوانى - شرح مبادئ الاحوال الشخصية للمسيحيين المصريين ص ١٦٨ وما بعدها ، اسامة ابو الحسن - الوجيز فى الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ١٩٩٧ ص ١٠٣ وما بعدها.

(٥٥) لبيب شنب - السابق ص٥٨ ولا يختلف هذا التعريف كثيرا عما قررته محكمة النقض حيث قضت بأنه «وحيث انه وان خلا التقنين المدنى والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام إلا ان المتفق عليه انه يشمل القواعد التى ترمى الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم ، وتعلو فيه على مصالح الافراد ... » نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة ٤٨ق- مجموعة س٣٠ ص٢٧٦. وراجع تفصيلا فى فكرة النظام العام بصفة عامة: مارتى ورينو السابق ص ١٧٤ وما بعدها، ويل وتيريه- السابق ص ١٦٥ وما بعدها.وتعد فكرة النظام العام من الافكار القانونية الراسخة والتى لا يمكن زعزعتها بسهولة خاصة وقد اشارت اليها صراحة بعض النصوص =

ويبدو ان الامثلة على مخالفة الشرائع الطائفية للنظام العام فى مصر

=التشريعية فى مصر وفى فرنسا (راجع المواد ١٣٥، ١٣٦ مدنى مصرى، ٦، ١١٣٣ مدنى فرنسى) ورغم ذلك فقد حاول بعض الفقه الفرنسى القول بأن فكرة النظام العام قد فقدت اهميتها فى الوقت الحالى، راجع :

Denis Tallon- Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit Francais et en droit Anglais- Melanges- offerts à René Savatier. Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers . Publié avec le concours du centre National de la recherche scientifique- Paris 1965 . p. 883 et s.

ويستعمل عنوانا صارخا لفكرته هذه وهو «تصدع فكرة النظام العام فى القانون الفرنسى»

"L'éclatement de la notion d'ordre public en droitFrancais"

وينطلق من مقدمة مؤداها ان فكرة النظام العام قد فقدت اهميتها لان تصلح معيارا للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فقد يكون هناك - فى نظره- من القواعد الآمرة ما ليس متعلقا بالمصالح العليا للمجتمع (راجع تفصيلا ص ٨٨٤ - ٨٨٦ من ذات البحث) ويحاول بعد ذلك من خلال استعراض فكرة public policy فى القانون الانجليزى ان يتوصل الى اضفاء طابع قضائى على فكرة النظام العام فى فرنسا كما هو الحال فى انجلترا - راجع ص ٨٨٩ وما بعدها من ذات البحث تحت عنوان:

Le caractère judiciaire de l'ordre public

ويرى أن القاضى يستطيع التوصل لما إذا كانت القاعدة آمرة ام مكملة وفقا لقواعد التفسير المتعارف عليها دون حاجة للارتكاز بصفة اساسية إلى فكرة النظام العام (راجع ص ٨٩٠ ،٨٩١) ، من ناحيتنا فاننا نرى أن النتيجة التى اجهد الباحث نفسه فى الوصول اليها وهى اضفاء الطابع القضائى على فكرة النظام العام لم تكن فى حاجة إلى المقدمة المبالغ فيها حينما اشار الى تصدع فكرة النظام العام فى القانون الفرنسى، فليس هناك من ينكر الدور الذى يلعبه القضاء فى تحديد المسائل التى تتعلق بالنظام العام وإن كان هذا الدور يقل بطبيعة الحال فى القانون الفرنسى عنه فى القانون الانجليزى الذى يلعب القضاء دورا رئيسيا فى تكوينه بصفة عامة على نحو قد لا يكون له مثيل فى القانون الفرنسى او المصرى، كما ان الفقيه قد ارتكز فى مهاجمته لفكرة النظام العام على عدم جدواها كمعيار للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، وعلى فرض التسليم برأيه فى هذا الشأن فإن فكرة النظام العام تلعب ادوارا اخرى بخلاف دورها كمعيار للتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة، فهناك الدور الذى تقوم به فكرة النظام العام فى نطاق التنازع الخارجى بين القوانين وذلك باستبعاد تطبيق القانون الأجنبى إذا كان مخالفا للنظام العام فى مصر (راجع م٢٨ مدنى مصرى) وعلى وجه الخصوص فى مجال بحثنا باستبعاد تطبيق شريعة غير المسلمين فى حالة مخالفتها للنظام العام فى مصر (م٦ /٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥).

قليلة جدا وغالبا ما يذكر الفقه الامثلة التالية[٥٦] .

١- ما ورد بالشريعة اليهودية من ان الارملة التى لم يترك زوجها المتوفى اولادا وكان له شقيق او اخ لأبيه عدت زوجة لهذا الاخ شرعا ولا تحل لغيره مادام حيا إلا إذا تبرأ منها ، والحكمة من ذلك هى احياء ذكرى الاخ المتوفى بحيث انه إذا انجبت الزوجة من زوجها الجديد فإن اولادها يسمون على اسم الزوج المتوفى لكيلا ينمحى اسمه من بنى اسرائيل وهكذا تصبح الارملة زوجة لاخى زوجها دون رضائها .

وقد رفض القضاء المصرى تطبيق هذه القاعدة لتعارضها مع قاعدة من قواعد النظام العام لان زواج الارملة على هذا النحو « متعارض مع قاعدة من النظام العام هى الرضاء الواجب توافره بين الطرفين لانعقاد كافة العقود وهو فى عقد الزواج الذى يجمع بين آدميين ألزم، لما لهذا العقد من عظيم الاثر والشأن ويتعين لذلك عدم الاخذ بقاعدة إرصاد الارملة لاخى زوجها لتعارضها مع النظام العام »[٥٧] .

٢- ما ورد ببعض الشرائع من جواز حرمان الزوج السابق من الزواج بعد الطلاق فقد نصت المادة ٦٩ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على أنه « يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق ان يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان احدهما او كليهما من الزواج » فهذا النص يتعارض مع النظام العام فى مصر حيث تعتبر حرية الزواج من الحريات او الحقوق اللصيقة بالشخصية[٥٨] .

---

(٥٦) راجع تفصيلا صلاح الدين عبد الوهاب - السابق ص ٣٥١ وما بعدها ، حسام الاهوانى - السابق ص ١٩٥ وما بعدها ، اسامة ابو الحسن - السابق ص ١٠٨ وما بعدها .

(٥٧) حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٦/٦/٢٥ فى القضية رقم ١٠٢١ لسنة ١٩٥٦ - اورده ايهاب اسماعيل - شرح مبادئ الاحوال الشخصية للطوائف الملية- الطبعة الاولى ١٩٥٧ ص ٦٣ وراجع ايضا - صلاح الدين عبدالوهاب - السابق ص ٣٥١ وقارن توفيق فرج حيث يرفض فهم الفقه والقضاء لهذه الحالة - راجع - السابق ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٥٨) راجع صلاح الدين عبد الوهاب، السابق ص ٣٥٤ ، حسام الاهوانى، السابق ص ١٩٦ .

٣- لا تعرف شريعة الكاثوليك فكرة العدة فيجوز وفقا لها ان تتزوج الارملة فور وفاة زوجها، وهنا يجب تطبيق الشريعة الاسلامية بحيث تعتد الارملة عدة الوفاة لان تشريع العدة متعلق بالنظام العام إذ انها قد شرعت للتحقق من براءة الرحم من الحمل لكى لا يحدث اختلاط فى الانساب(٥٩).

ويثور التساؤل هنا حول جدوى اخضاع قواعد شرائع غير المسلمين لرقابة الدستورية رغم انه يبدو للوهلة الاولى ان اشتراط عدم مخالفة هذه القواعد للنظام العام يعد كافيا فى هذا الشأن حيث ان مخالفة القاعدة للدستور تعنى ايضا انها تخالف النظام العام فلا حاجة اذن لرقابة دستورية قواعد شرائع غير المسلمين اكتفاء بجواز استبعاد تطبيقها لمخالفتها للنظام العام، إلا أن بعض التعمق فى هذه المسألة يكشف لنا عن العديد من الأوجه التى تختلف فيها الرقابة القضائية المستندة لفكرة النظام العام وبين رقابة دستورية شرائع غير المسلمين وهو ما سنتعرض له تباعا على ان نفرد احد هذه الأوجه بالبحث على استقلال نظرا لاهميته وهو العيب الذى يشوب القاعدة.

---

(٥٩) راجع صلاح الدين عبد الوهاب- السابق ص ٣٥٤ ، حسام الاهوانى- السابق ص ١٩٦ويضيف بعض الفقه الى هذه الحالات النصوص الواردة بالشرائع المسيحية والتى تقرر طلاق المسيحية التى يسلم زوجها ذلك ان الطلاق فى هذه الحالة من شأنه ان يمس حقوق الزوج المسلم لأن الاسلام يسمح بزواج المسلم من كتابية: حسام الاهوانى- السابق ص ١٩٦، ولكننا لانرى فى هذه الحالة مثالا صالحا لمخالفة الشريعة الطائفية للنظام العام ، فالشريعة الاسلامية لا تطبق فى هذه الحالة بعد استبعاد تطبيق الشريعة الخاصة لمخالفتها للنظام العام الذى يحمى حقوق الزوج المسلم ولكن الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق هنا بحسب الاصل، فبمجرد اسلام احد الزوجين فإن الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق ايا كان تاريخ اعتناق الاسلام، فالامر هنا لا يتعلق بشروط تطبيق الشريعة الطائفية - ومنها شرط عدم مخالفة النظام العام- ولكنه يتعلق بمسألة مدى جواز تطبيق الشريعة الخاصة من حيث المبدأ، فلا يجوز هنا بحث مسألة تطبيق الشريعة الخاصة من حيث المبدأ إذ تنتفى حالة التنازع بين الشرائع وتكون الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق على المنازعة أصلا دون حاجة للبحث فى مسألة مخالفة الشريعة الخاصة للنظام العام.

المطلب الاول
اوجه الاختلاف بين الرقابة القضائية المستندة لفكرة النظام العام وبين رقابة دستورية شرائع غير المسلمين

يمكن ان نوجز هذه الأوجه فيما يلى:

١- من حيث الاختصاص القضائى:

تختص جميع درجات المحاكم التى تنظر فى مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين بالتحقق مما إذا كانت القاعدة التى ستطبقها من قواعد شريعة غير المسلمين مخالفة للنظام العام ام لا، فيتصور ان تستبعد القاعدة المخالفة للنظام العام امام محكمة جزئية او ابتدائية او محكمة استئناف واخيرا امام محكمة النقض، فالرقابة على اتفاق شريعة غير المسلمين مع النظام العام تتولاها جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وبذلك يتسع الاختصاص بها على نحو كبير ، اما رقابة دستورية هذه القواعد فتختص بها المحكمة الدستورية دون غيرها(٦٠) .

٢- من حيث الطعن فى الحكم :

تخضع مسألة مخالفة قواعد الشريعة الطائفية للنظام العام لقواعد الطعن فى الاحكام الصادرة فى منازعات الاحوال الشخصية (٦١) اما الحكم

(٦٠) راجع المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا . وقد استقر القضاء المصرى قبل صدور قانون المحكمة العليا على حق جميع المحاكم فى رقابة دستورية القوانين على ان يقتصر حق المحاكم فى بحث دستورية القوانين على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور على القضية التى اثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية، دون ان يتعدى ذلك الى الحكم بعدم دستورية القانون المخالف للدستور ودون ان تتقيد محكمة اخرى بهذا القضاء، وبذلك كانت الرقابة على دستورية القوانين فى هذه المرحلة رقابة لا مركزية تباشرها جميع المحاكم وهوالوضع الذى انتهى بصدور قانون المحكمة العليا ومن بعده قانون المحكمة الدستورية العليا حيث اختصت دون غيرها برقابة دستورية القوانين راجع تفصيلا: عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد - الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة ١٩٩١ ص ١٨٦ وما بعدها.

(٦١) راجع بصفة خاصة المواد ٢٨٩ وما بعدها من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

الصادر من المحكمة الدستورية العليا بشأن دستورية قاعدة قانونية فلا يجوز الطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن حيث نصت المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا على ان «احكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن».

٣- من حيث كيفية اتصال المحكمة بالمسألة:

ان طرح مسألة دستورية القاعدة القانونية على المحكمة الدستورية العليا لا يتم بذات الطريقة التى تعرض بها مسألة مخالفة القاعدة للنظام العام على المحكمة المختصة، فقد نصت المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن «تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى:

(أ) إذا تراءى لاحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائى اثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون او لائحة لازم للفصل فى النزاع ، اوقفت الدعوى واحالت الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع احد الخصوم اثناء نظر دعوى امام احدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون او لائحة ورأت المحكمة او الهيئة ان الدفع جدى اجلت نظر الدعوى وحددت لمن اثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة اشهر لرفع الدعوى بذلك امام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن».

وهكذا يكون الخصم الذى ادعى عدم دستورية نص معين طرفا فى دعويين الاولى هى الدعوى الاصلية التى كان النص محل الطعن بعدم الدستورية سيطبق من خلالها ، والثانية هى الدعوى الدستورية، ولن يتم الفصل فى الاولى إلا بعد الفصل فى مدى دستورية النص الذى رفعت الدعوى بعدم دستوريته ، وهكذا يتوقف الفصل فى الدعوى الاولى على

الفصل فى الدعوى الثانية.

أما مسألة مخالفة القاعدة للنظام العام فإنها تطرح على المحكمة المختصة بدفع عادى يبديه الخصم صاحب المصلحة امام محكمة الاحوال الشخصية المختصة، ويعد هذا الدفع جزءا من الدعوى المنظورة ولا يشكل دعوى مستقلة عنها. ولذلك فمن البديهى الا يتوقف نظر الدعوى لحين الفصل فى مسألة مخالفة القاعدة القانونية للنظام العام لان الفصل فى هذه المسألة هو من صميم اختصاص القاضى عند نظره لدعوى الاحوال الشخصية.

٤- من حيث نوع القاعدة المطعون فيها (وفقا لمصدرها):

رأينا ان نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا قاطع فى ان المحكمة لا تراقب سوى دستورية النصوص التشريعية فقط سواء كانت واردة فى تشريع عادى ام لائحة- مع التحفظ بأن المحكمة الدستورية العليا ترى ان احالة المشرع لاية قاعدة قانونية يجعلها بمثابة التشريع وهو ما ناقشناه فى حينه- ولذلك لا يجوز - فى رأينا - ان تنظر المحكمة الدستورية فى دستورية قاعدة قانونية مصدرها العرف او غير ذلك من مصادر شرائع غير المسلمين، اما رقابة المحاكم على اختلاف درجاتها لمدى اتفاق القاعدة مع النظام العام فتمتد لتشمل جميع القواعد فى شرائع غير المسلمين ايا كان مصدرها ، حتى ولو كانت من القواعد ذات الطابع المقدس كتلك الواردة بالكتاب المقدس ، ولا يعنى ذلك ان المحكمة قد تدخلت بالفصل فى احدى المسائل الدينية إذ أنها لا تفصل فى مدى صحة او مشروعية القاعدة ، كل ما هنالك انها تراقب مدى اتفاقها مع النظام العام فى مصر، فإذا تبين مخالفة القاعدة له فإنها لا تطبقها على الدعوى التى تنظرها، وهكذا يتصور ايضا ان تستبعد المحكمة من التطبيق نصا من نصوص المجموعات الخاصة بغير المسلمين او قرارا من قرارات المجامع المقدسة او احدى القواعد العرفية اذا تبين لها مخالفة اى منها للنظام العام

فى مصر.

٥- من حيث حجية الحكم الصادر فى الدعوى:

تخضع الاحكام الصادرة فى دعاوى الاحوال الشخصية كقاعدة عامة لمبدأ نسبية آثار الاحكام، ولذلك لا يكون الحكم الصادر فى الدعوى التى استبعد فيها تطبيق النص المخالف للنظام العام حجة إلا على اطراف هذه الدعوى فقط (٦٢). اما الحكم الصادر بعدم دستورية نص معين فإنه يكون حجة فى مواجهة الكافة حيث نصت المادة ١/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على ان «احكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة» وهو مايعرف بمبدأ عينية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية(٦٣).

٦-من حيث اثر الحكم على وجود القاعدة القانونية :

إذا صدر الحكم فى دعوى الاحوال الشخصية وقد استبعدت المحكمة تطبيق نص الشريعة الخاصة لمخالفته للنظام العام فإن ذلك لا يعنى زوال القاعدة التى استبعدتها المحكمة من التطبيق ، فتظل القاعدة قائمة فى شريعة غير المسلمين بحيث يجوز الاستناد اليها فى قضايا اخرى، وقد ترى محكمة اخرى ان القاعدة لا تخالف النظام العام وهو ما قد يؤدى لتضارب فى الاحكام بشأن مسألة واحدة، اما الحكم الصادر بعدم دستورية نص معين فإنه يؤدى الى انعدام هذا النص من الناحية القانونية امام جميع المحاكم

---

(٦٢) تنص المادة ١٠١ من قانون الاثبات على ان «الاحكام التى حازت قوة الامر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا فى نزاع بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا».

(٦٣) راجع تفصيلا فى حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية وعينية هذا الحكم: عادل عمر شريف- السابق ص٤٥٨ وما بعدها، مصطفى عفيفى - رقابة الدستورية فى مصر والدول الاجنبية ١٩٩٠ ص ٢٧٦ ، عبد العظيم عبد السلام- السابق ص٢٢٧ وما بعدها، صلاح الدين فوزى- السابق ص٢٩٦ وما بعدها.

والجهات التى يعرض امامها النص فى اى مناسبة، فلا يتصور الاستناد اليه فى دعوى اخرى امام أية درجة من درجات المحاكم ولا يتصور حدوث اى تضارب بعد ذلك بشأن تطبيقه او عدم تطبيقه، فقد نصت المادة ٤٩ /٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا على انه «يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم».

المطلب الثانى
مدى التطابق بين عيب عدم الدستورية
وعيب مخالفة القاعدة للنظام العام

بقيت مسألة أخيرة اكثر اهمية وهى البحث فى مدى التطابق بين العيب الذى يشوب القاعدة القانونية فى حالة مخالفتها للنظام العام وذلك الذى يشوبها فى حالة مخالفتها للدستور، وبمعنى اخر، هل تكون القاعدة مخالفة للنظام العام كلما كانت مخالفة للدستور وبالعكس؟ وبوضوح اكثر : هل يتصور ان تخالف القاعدة النظام العام دون ان تخالف الدستور؟ وهل يتصور ان تخالف القاعدة الدستور دون ان تخالف النظام العام؟

إن الاجابة هنا يمكن الوصول اليها من خلال استعراض بعض الفروع الرئيسية للقانون وبيان ما يتعلق منها بالنظام العام[٦٤]، فإذا نظرنا إلى قواعد القانون المدنى فإننا نجد أن الاصل فيها هو انها لا تتعلق بالنظام العام لانها تنظم العلاقات المالية بين الافراد إلا أن ذلك لا يمنع ان تكون بعضها من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٤٨ من القانون المدنى من انه ليس لاحد النزول عن اهليته او التعديل

---

(٦٤) راجع تفصيلا فى تحديد القواعد التى تتعلق بالنظام العام - كابيتان- السابق ص ٦٤ وما بعدها، وراجع على وجه الخصوص المادتين ٦و ١١٣٣ من القانون المدنى الفرنسى، وايضا سمير تناغو - السابق ص ١٠٢ وما بعدها.

فى احكامها ، وما تنص عليه المادة ١١٠ من انه ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة، وما تنص عليه المادة ٢/١٣١ من ان التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه وما تنص عليه المادة ٣/٢١٧ من انه يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع وما تنص عليه المادة ٢٣٢ من انه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد.(٦٥).

إن الامثلة التى ذكرناها حالا هى امثلة واضحة لبعض القواعد التى تتعلق بالنظام العام بحيث تشكل مخالفتها مخالفة للنظام العام إلا أن مخالفتها للنظام العام لا تشكل اى مخالفة للدستور، ويرجع ذلك إلى أن فكرة النظام العام اوسع بكثير من فكرة الدستور فالقواعد التى تتعلق بالنظام العام لا تشمل فقط القواعد الدستورية ولكنها تشمل الكثير من القواعد التى تستند لفروع اخرى للقانون بخلاف الدستور، وذلك إذا كانت تمس مصلحة جوهرية للمجتمع لم ينص عليها الدستور فى نصوصه، ونستطيع ان نضرب مثلا لذلك فى قواعد الاحوال الشخصية لغير المسلمين، أى قاعدة تخالف النظام العام دون ان تخالف نصا من نصوص الدستور، فإذا رجعنا لقواعد الاحوال الشخصية للكاثوليك والبروتستانت فإننا نجدها خالية من أية اشارة إلى فكرة العدة بحيث يجوز للارملة ان تتزوج فورا دون ان تعتد عدة الوفاة، وهذه القاعدة- أى قاعدة اجازة الزواج دون انتظار لفترة العدة- تخالف النظام العام فى مصر الذى يمنع اى وضع يكون من شأنه اختلاط الانساب ، فاحكام العدة تتعلق بالنظام العام دون ان تستند فكرة العدة الى نص دستورى ، وهنا نجد أن هذه المسألة تخالف النظام العام دون ان تتضمن مخالفة للدستور نظرا لاتساع فكرة النظام العام كما ذكرنا.

إلا أن الامر يكون اكثر دقة إذا بحثنا الحالة العكسية وهى : هل يتصور ان تكون القاعدة مخالفة للدستور دون ان تكون مخالفة للنظام

(٦٥) راجع سمير تناغو - السابق ص ٨٧ ، ٨٨.

العام، يبدو أن الاجابة للوهلة الاولى يجب ان تكون بالنفى ، فقد جرى الفقه على القول بأن قواعد القانون العام بفروعه المختلفة تتعلق كلها بالنظام العام ومنها بطبيعة الحال قواعد القانون الدستورى(٦٦) ولذلك لا يتصور -سيرا مع هذا المنطق- ان تخالف القاعدة الدستور دون ان تكون مخالفة فى ذات الوقت للنظام العام.

إلا أننا ببعض البحث قد لاحظنا مسألة تخالف - فى نظرنا - الدستور دون ان تثور حتى الآن شبهه مخالفتها للنظام العام فى الفقه او القضاء المصريين، فقد نصت المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على انه «لا تسمع دعوى الطلاق من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق» والفرض هنا ان الزوجين مختلفان فى الملة مثلا كأن تكون الزوجة مسيحية كاثوليكية ويكن الزوج قبطيا ارثوذكسيا ، فكان من الواجب تطبيق الشريعة الإسلامية عليهما بحيث يجوز وقوع الطلاق بينهما وفقا لاحكامها ، إلا أن نص المادة ٧/٩٩يمنع من سماع دعوى الطلاق فى هذه الحالة لأن الزوجة تنتمى لملة لا تدين بوقوع الطلاق وهى ملة الكاثوليك وقد يؤدى طلاقها إلى وقوعها «فى حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق، لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر نظرا للتقاليد المتبعة فى ملتها فتبقى معلقة لا تتزوج، وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها»(٦٧) .

وقد ظل نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قائما حتى بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى حدد بدقة المواد التى الغيت من هذه اللائحة (٦٨) .كما جرى قضاء محكمة النقض على الاستناد

(٦٦) راجع - سمير تناغو - السابق ص ١٠٢.

(٦٧) المذكرة الايضاحية بشأن المادة ٧/٩٩ - اشار اليها توفيق فرج - السابق ص ٣٠٧.

(٦٨) نصت المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على الغاء المواد ١-٤، ١١-٦، ٢٩-٥١ ، ٥٣-٩٧، ١٠٠-١٣٦، ١٣٨-١٧٨، ١٨٠، ١٨٢ - ٢٧٩، ٣٢٨- ٣٤٢، ٣٤٨، ٣٥١، ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

اليها بعد صدور القانون المذكور (٦٩) ويهمنا هنا أن نشير إلى ان محكمة النقض قد اعتبرت نص المادة ٧/٩٩ متعلقا بالنظام العام بحيث تطبقها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب احد الخصوم ذلك فقضت بأن «الباعث على تقرير ذلك الدفع وعلى ما جاء بالمذكرة الايضاحية لنص اللائحة المذكورة هو دفع الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق اى انه مقرر لصالح هذه الطوائف حماية لعقيدتهم الدينية وليس لصالح الخصم المدعى عليه مما مؤداه تعلق هذا الدفع بالنظام العام وبالتالى فإنه لاعلى المحكمة ان هى قضت به من تلقاء نفسها» (٧٠).

ويقصد بهذا النص- كما استقر على ذلك قضاء محكمة النقض - ملة الكاثوليك التى لا تعرف الطلاق وتعرف فقط الانفصال الجسمانى (٧١). وهكذا فإن حظر الطلاق لدى الكاثوليك يرتبط ارتباطا وثيقا بنظام الانفصال الجسمانى إذ أنه البديل لنظام الطلاق لديهم وهو ما عبر عنه احد الاحكام اذ ورد به «أن احكام القانون الكاثوليكى تحرم الطلاق وانحلال رابطة الزوجية لاى سبب إلا بالموت، وهى بذلك تخالف جميع الاديان الأخرى وسائر المذاهب المسيحية، ويستعاض عن الطلاق بالتفريق الجسمانى، وهو المباعدة بين الزوجين فراشا ومائدة، وأسباب التفريق عندهم توازى اسباب التفريق عند الطوائف الارثوذكسية» (٧٢).

---

(٦٩) على سبيل المثال نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ق- مجموعة س١٩ ص ٢٩٣، وتذكر صراحة فى حكم آخر ان المشرع استبقى نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، نقض ١٩٧٠/١/١٤ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ق مجموعة س٢١ ص ٩٦.

(٧٠) نقض ١٩٨٤/٤/١٠ فى الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٣ق - مجموعة ٣٥ ص٩٥٩.

(٧١) راجع نقض ١٩٧٠/١/١٤ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ق مجموعة س٢١ ص ٩٦ وفى ذات المعنى نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ق مجموعة س١٩ ص ٢٩٣، نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٥ق- مجموعتس ٢٧ ص ١٧٥٨.

(٧٢) حكم محكمة الجمالية الصادر فى ١٩٢٣/٨/٢٠- اشار اليه : احمد نصر الجندى - مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية ١٩٨٦ ص ٧٩٥. وراجع أيضا فى الارتباط بين نظامى =

=عدم قابلية الزواج للانحلال فى المذهب الكاثوليكى وبين نظام الانفصال الجسمانى
Jean Carbonier- Droit Civil - 2- la famille, les incapacités. 1977. p. 237.

إذ يقرر انه نظرا لان الانفصال الجسمانى لا يؤدى لانحلال رابطة الزوجية فإنه لا يتعارض مع مواقف الكنيسة الكاثوليكية فى مسألة عدم قابلية الزواج للانحلال وراجع ايضا:
Raymond Lindon et Alain Bénabent- Le droit du divorce - 1984. p. 5, 6.

ويوضح ان اسبابا دينية ترتبط بفكرة حظر الطلاق هى التى كانت وراء الابقاء على نظام الانفصال الجسمانى فى القانون الفرنسى كبديل لنظام الطلاق.

On sait que ***ce succédané du divorce*** existait déja dans notre législation, à l'intention principalement, de ceux qui pour des raisons religieuses, répugnent au divorce. Selon le rapporteur à l'Assemblée nationale, la proportion des séparations de corps par rapport à l'ensemble des demandes en rupture ou relâchement des liens du mariage serait de 13% . Dans la proposition de la loi communiste fait à l'epoque , elle apparaît comme étant en 1970, de 5.7% . La loi nouvelle maintient ce système. p. 493

راجع تفصيلا فى الانفصال الجسمانى - كاربونييه- السابق ص ٢٣٧ وما بعدها، ليندون وبينابين - السابق ص ٤٩٣ وما بعدها - احمد سلامة السابق ص ٨٤٧ وما بعدها، حسام الاهوانى السابق ص ٦٣٥ وما بعدها، اسامة ابو الحسن- السابق ص ٣٥٣ وما بعدها.
والمقصود بالتفريق الجسمانى التفرقة بين الزوجين فى المعيشة المشتركة مع بقاء وثاق الزواج ، ووفقا للارادة الرسولية للكاثوليك فإن الحالات التى يجوز فيها الحكم بالانفصال هى :
١- حالة زنا احد الزوجين. ٢- اذا انتمى احد الزوجين إلى بدعة غير كاثوليكية ٣- اذا ربى احد الزوجين الاولاد تربية غير كاثوليكية. ٤- اذا سلك احد الزوجين سلوكا مجرما شائنا.
٥- إذا وضع احدالزوجين الآخر فى خطر جسيم على النفس او الجسد. ٦- اذا جعل احد الزوجين المعيشة المشتركة صعبة بسبب تصرفه القاسى. راجع المادتين ١١٨، ١٢٠ بند ١ من الارادة الرسولية- ويلاحظ بشأن آثار الانفصال الجسمانى انه يترتب عليه اثر رئيسى هو توقف الالتزام بالمعيشة المشتركة وما يتصل بها إلا أن رابطة الزوجية تظل قائمة وبذلك يظل التزام الزوجين بالاخلاص قائما ، فلا يجوز لاى منهما اقامة علاقة جنسية مع الغير وإلا كان مرتكبا لجريمة الزنا - راجع تفصيلا:

Jacques voulet. Toute les questions pra tiques sur le divorce et la separation de corps- Collection- ce qu'il vous faut savoir. 1961- p. Q 3 et s.,Carbonier- op. cit. p. 239 et s.,Lindon et Bénabent op. cit. p. 497. et s.

ونلاحظ اننا لم نجد اعتراضا فى الفقه او القضاء المصريين على مبدأ عدم سماع دعوى الطلاق لدى الكاثوليك واجازة نظام الانفصال الجسمانى لديهم بل لقد بالغت محكمة النقض فى اقرار ذلك واعتبرت نص المادة ٧/٩٩ متعلقا بالنظام العام، وهكذا يمكننا القول ان الامر قد استقر فى الفقه والقضاء المصريين على ان حظر الطلاق لدى الكاثوليك وما يرتبط به من اجازة نظام الانفصال الجسمانى لا يتعارض مع النظام العام فى مصر بل ان الخروج على مبدأ حظر الطلاق لدى الكاثوليك يعد خروجا على النظام العام فى مصر فى نظر محكمة النقض .

ولكننا اذا راجعنا نص المادة ٧/٩٩ والتى تحظر سماع دعوى الطلاق لدى الكاثوليك والنصوص التى تقرر نظام الانفصال الجسمانى لدى الكاثوليك (المواد ١١٨ - ١٢١ من الارادة الرسولية للكاثوليك) ، فإنها تثير بقوة- فى نظرنا - شبهة مخالفة الدستور .

فيمكن القول أن نص المادة ٧/٩٩ الذى يحظر سماع دعوى الطلاق بالنسبة للكاثوليك يخالف مبدأ المساواة المقرر بالمادة ٤٠ من الدستور والتى تنص على ان «المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او العقيدة» ، فلا تجيز المادة ٧/٩٩ سماع دعوى الطلاق لدى الكاثوليك رغم ان الطلاق جائز لدى غيرهم من المواطنين فى مصر :

١- فهو جائز لدى المسلمين واليهود كقاعدة عامة.

٢- وهو جائز لدى المسيحيين غير الكاثوليك متحدى الطائفة والملة فى الحالات التى تحددها شرائعهم الخاصة(٧٣) .

(٧٣) فيجوز الحكم بالتطليق وفقا لمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس فى حالات : ١- الزنا (م٥٠) ٢- الخروج من الدين المسيحى (م٥١) ٣- سوء السلوك (م٥٦) ٤- الاعتداء على الحياة والايذاء الجسيم (م٥٥) ٥- اساءة المعاشرة المؤدى لاستحكام النفور (م٥٧) ٦- الغيبة (م٥٢) ٧- المرض والعجز الجنسى (م٥٤) ٨- الحكم بعقوبة مقيدة للحرية =

٣- وهو جائز لدى المسيحيين غير الكاثوليك إذا اختلف الزوجان ملة أو طائفة حيث تطبق عليهما أحكام الشريعة الاسلامية فى هذه الحالة.

وهكذا يمكننا القول بان نص المادة ٧/٩٩ يثير بقوة شبهة مخالفة مبدأ المساواة المقرر بالمادة ٤٠ من الدستور كما يبدو ان اجبار الزوجين على استمرار علاقتهما الزوجية رغما عنهما لم يعد متفقا مع مبدأ الحرية الفردية الذى أصبح راسخا فى المجتمعات المعاصرة (٧٤).

أماعن نظام الانفصال الجسمانى فهو يرتبط كما ذكرنا بحظر الطلاق، إلا أنه يثير لدينا ايضا - وفى حد ذاته- شبهة مخالفة الدستور إذ ان تقرير هذا النظام يحرم الزوجين أو على الاقل الزوج الذى لم يطلب الانفصال الجسمانى من حرية أو حق الزواج وتكوين الأسرة، فنظام الانفصال الجسمانى يوقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وهو مايعنى تعطيل الزواج من الناحية العملية فى حين أنه لا يستطيع اى منهما ان يرتبط بعلاقة زوجية أخرى، إذ مازال الزواج الأول قائما من الناحية النظرية، وهكذا يتمخض نظام الانفصال الجسمانى -فى رأينا- عن اخلال جسيم بحق أو حرية الزواج وتكوين الأسرة وهوالحق الذى تقرره المادة ٩ من الدستور ولو بشكل ضمنى حيث نصت على أن « الاسرة اساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته فى العلاقات داخل المجتمع المصرى».، فهذا النص يقرر - ولو ضمنا- ان من حق المواطن ان تكون له أسرة وهو مايحرمه منه نظام الانفصال الجسمانى كما رأينا، ويدعم رأينا هذا ماتضمنته المعاهدات الدولية من حماية هذا الحق باعتباره

=(م٥٣) ٩- الرهبنة(م٥٨). كما اجاز قانون الانجيليين التطليق فى حالتين هما زنا احد الزوجين او خروجه عن الدين المسيحى (م١٨) - ونشير اننا نرجع بصفة اساسية بشأن نصوص شرائع غير المسلمين فى مصر إلى مؤلف المستشار فتيحة قرة : تشريعات الأحو ال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين -١٩٨٣.

(٧٤) قرب - ليندون وبينابين - السابق ص ٣، ٦.

من حقوق الانسان الاساسية(٧٥).

(٧٥) راجع تفصيلا فى الحق فى الزواج وتكوين اسرة باعتباره من حقوق الانسان الرئيسية: عبد العزيز محمد سرحان- الاطار القانونى لحقوق الانسان فى القانون الدولي- الطبعة الاولى ١٩٨٧ ص ٢٦٤ وما بعدها، خير الدين عبد اللطيف محمد، عز الدين فودة-اللجنة الاوربية لحقوق الانسان ودورها فى تفسير وحماية الحقوق والحريات الاساسية للافراد والجماعات - ١٩٩١ ص ٢٧٤ وما بعدها، عبد الواحد محمد الفار- قانون حقوق الانسان فى الفكر الوضعى والشريعة الاسلامية ١٩٩١ ص ٣٦٢ وما بعدها، الشافعى بشير - قانون حقوق الانسان ١٩٩٢ ص ٢٢١ ، غازى حسن صباريني- الوجيز فى حقوق الانسان وحرياته الاساسية ١٩٩٥ ص ٢٧٨ وما بعدها ، أحمد حافظ نجم- حقوق الانسان بين القرآن والاعلان - بدون تاريخ نشر ص ٩١ وما بعدها،

J.E.S.Fawcett- The application of European convention on human rights 1987 -p.285.

وتنص المادة الثالثة والعشرون من الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية على ان «١- العائلة هى الوحدة الاجتماعية الطبيعية والاساسية فى المجتمع ولها الحق فى التمتع بحماية المجتمع والدولة.

٢- يعترف بحق الرجال والنساء الذين فى سن الزواج، بالزواج وتكوين اسرة.

٣- لا يتم الزواج بدون الرضاء الكامل والحر للأطراف المقبلة عليه».

ويستخلص من ذلك عدم مشروعية قوانين الزواج التى تنشئ موانع للزواج على اساس من الاصل او الدين او اللون........ راجع عبد العزيز سرحان - السابق ص ٢٦٤ ، ٢٦٥. كما نصت المادة ١/١٠ من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن « تقر الدول الاطراف فى الاتفاقية الحالية:١- وجوب منح الاسرة أوسع حماية ومساعدة ممكنة، إذ أنها الوحدة الاجتماعية الطبيعية والاساسية فى المجتمع...... ويجب ان يتم الزواج بالرضاء الحر للاطراف المقبلة عليه ». راجع فى نصوص هذه الاتفاقية ،غازى حسن صباريني - السابق ص ٢٧٨ ومابعدها.

وقد تطرقت المادة السادسة عشرة من الاعلان العالمى لحقوق الانسان الى حق الانسان فى الزواج وفى تكوين أسرة ، فقد نصت تلك المادة على أن كل انسان له الحق فى الزواج وفى تكوين أسرة ابتداء من سن البلوغ، ودون اية قيود سواء بالنسبة الى الرجل وبالنسبة للمرأة، وبغض النظر عن الأصل والجنس والدين، وعلى تمتع الزوجين بحقوق متساوية فيما يتعلق برابطة الزوجية سواء أثناء قيامها أو بعد انحلالها ، كما قررت المادة ذاتها انه لايجوز عقد الزواج الا بكامل رضاء وحرية الرجل والمرأة معا، واعترف الاعلان بأن الأسرة هى العنصر الطبيعى والاساسى للمجتمع ، وهى بهذه الصفة يجب ان تتمتع بحق الحماية سواء من الجهات الرسمية بالدولة أو من المجتمع ذاته ،راجع ، احمد حافظ نجم - السابق ص ٩١.

وقد نصت المادة ١٢ من الاتفاقية الاوربية لحقوق لانسان على أن :

Men and women of marriageable age have the right to marry=

وهكذا تظهر لنا الفائدة العملية لإخضاع شرائع غير المسلمين لرقابة الدستورية، فقد لاتكفى الرقابة المستندة لفكرة النظام العام لإزالة العيب الذى يشوب القاعدة إذا كان هذا العيب قد اعتبر غير مخالف للنظام العام. وهنا يمكن اللجوء إلى رقابة الدستورية للحكم بعدم دستورية القاعدة التي يشوبها عيب مخالفة الدستور وذلكِ على نحو مارأيناه بالنسبة لنص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ومايرتبط بها من إجازة نظام الانفصال الجسمانى لدى الكاثوليك .

=and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

A partir de l'âge nubil, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales regissant l'exercice de ce droit.

راجع فاوست- السابق ص ٢٨٥ ومابعدها ،وراجع ايضا أمثلة لبعض الحالات التى اجازت فيها اللجنة- الأوربية لحقوق الانسان تقييد الحق فى الزواج- خير الدين عبد اللطيف وعز الدين فودة- السابق ص ٢٧٦ ,٢٧٧.

ويلاحظ ان البعض يشير إلى أن الدستور المصرى لم ينص صراحة على حق الزواج وتكوين الأسرة على النحو الذى نصت عليه الاتفاقيات الدولية سالفة الذكر ، راجع - احمد حافظ نجم- السابق ١٦٦ إلا أننا نعتقد ان نص المادة ٩ من الدستور المصرى المشار إليها بالمتن يقرر هذا الحق -ولو ضمناً- خاصة وقد صدقت مصر على اتفاقية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية سالفة الذكر- راجع فى القوة الملزمة لهذه المعاهدة فى مصر تفصيلا- الشافعى بشير- السابق ص ٨١.

ونشيرهنا بايجاز إلى أن الفقه يشير دائما إلى اتفاقيتى حقوق الانسان ويقصد بهما «الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية اللتين تمت الموافقة عليهما من جانب الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ديسمبر ١٩٦٦ وبدأت الاتفاقية الأولى فى السريان فى ٣ يناير ١٩٧٦ فى حين تحقق هذا الشرط بخصوص الاتفاقية الثانية فى ٢٣ مارس ١٩٧٦، وقدتحولت الحقوق والحريات التى نص عليها الاعلان العالمى بمقتضى هاتين الاتفاقيتين إلى التزامات مصدرها القانون الدولى الاتفاقى وبذلك انتهى الجدل من جانب الشراح والحكومات الذى قام حول القيمة القانونية لهذه الحقوق والحريات» راجع عبد العزيز سرحان السابق ص ٣١ وايضا ص ١٢١.

وهكذا وصلنا إلى المسألة التى لامفر من تناولها في بحثنا ، إذ أننا قد استندنا حالاً إلى مبدأ المساواة المقرر بالمادة ٤٠ من الدستور للقول بعدم دستورية المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وهو مايطرح بقوة مسألة مدى اتفاق فكرة تعدد الشرائع فى مجال الأحوال الشخصية مع مبدأ المساواة الذى قرره الدستور، وقد قدمت لنا المحكمة الدستورية العليا فى حكمها ضابطاً يمكن استخدامه لإزالة التنافر فى هذه المسألة وهو ماسنبحثه فيما يلى .

المبحث الثالث
قواعد الأحوال الشخصية بين التوحيد والتعدد
فى ظل حكم المحكمة الدستورية العليا

لقد كان على المحكمة الدستورية العليا ان توفق بين اعتبارين أساسيين من أجل الفصل فى مسألة مدى دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ والتى تحدد سن الحضانة لدى الأقباط الأرثوذكس وهما اعتبار المساواة بين جميع المصريين وفقا لنص المادة ٤٠ من الدستور واعتبار احترام حرية العقيدة المنصوص عليه بالمادة ٤٦ منه والذى يعد السبب الرئيسى لتعدد الشرائع فى مجال الأحوال الشخصية، وقد استخدمت لذلك ضابطا معينا هو فكرة جوهر العقيدة المسيحية والذى سوف نستخدمه لتحديد بعض المسائل التى يجوز تعددها أو يجب توحيدها من مسائل الأحوال الشخصية على أن نبدأ هذا المبحث باستعراض ماستقر عليه جمهور الفقه المصرى تجاه مسألة تعدد الشرائع فى مسائل الأحوال الشخصية .

المطلب الأول
موقف الفقه المصرى من مسألة تعدد الشرائع فى مسائل الأحوال الشخصية

رغم توحيد القانون رقم٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لجهات التقاضى التى تختص بنظر منازعات الأحوال الشخصية الا أن المادة ٦ منه قد نصت على أن« تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة (٧٦)، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال

---

(٧٦) نصت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن « تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب ان تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » ووفقا لهذا النص فان المقصود بالشريعة الاسلامية هنا أولا القواعد التى صدر بها تشريع يطبق على المسلمين فقط بحسب الأصل فى مسائل الأحوال الشخصية مثل القواعد التى تتضمنها اللائحة نفسها والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل =

الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم».

وهكذا يتضح من النص سالف الذكر ان الشريعة الاسلامية (٧٧) هى التى تطبق على منازعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين أما غير المسلمين ، فتطبق عليهم شرائعهم الطائفية اذا توافرت الشروط الواردة بالنص المذكور ، فاذا تخلف شرط منها طبقت عليهم الشريعة الاسلامية (٧٨) وهكذا تتعدد الشرائع التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية بتعدد

=الأحوال الشخصية والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، فاذا لم يوجد نص فى هذه التشريعات طبق القاضى أرجح الآراء فى المذهب الحنفى.

(٧٧) بالمدلول الوارد بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(٧٨) وقد استقر قضاء محكمة النقض على « ان الشريعة الاسلامية هى القانون العام واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية » نقض ١٩٦٦/٣/٣٠فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٢ ق مجموعة س ١٧ ص ٧٨٢، وتؤكد ذلك بصورة أوضح فتقرر « ان المستقر فى قضاء هذه المحكمة ان الشريعة الاسلامية هى شريعة القانون العام ،بمعنى انها تختص أصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم وان الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات» نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ١٦/ ٢٦ لسنة٤٨ ق - مجموعةس ٣٠ ص ٢٧٦، وتكرر ذات المعنى فى حكم احدث فتقرر « ان المرجع فى تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الاسلام وإباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون المصرى العام فى مسائل الاحوال الشخصية وذلك وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى وكان هذا التفريق- وعلى أرجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة - يعتبر طلاقا وليس بطلانا للزواج يعود الى بداية العقد» نقض ١٩٨٧/١/٢٧ فى الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٣ ق. مجموعة س ٣٨ ص ١٧٣ . ونلاحظ ان المادة ١٠ من القانون المدنى تنص على ان « القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه فيما بينها » ، كما قضت فى واحد من احدث واشهر احكامها فى القضية المعروفة بقضية الدكتور نصرابو زيد بان« الشريعة الاسلامية هى القانون العام واجب التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية وفقا لأرجح الآراء فى مذهب الامام ابى حنيفة وذلك عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ » نقض ١٩٩٦/٨/٥ فى الطعون أرقام٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ق احوال شخصية - لم ينشر بعد.

العقائد فى مصر، فالقاعدة القانونية لاتطبق على الأشخاص باعتبارهم من المصريين فقط بل تخاطبهم باعتبارهم منتمين الى ديانة أو ملة أو طائفة معينة وهو الوضع الذى ينتقده مجمل الفقه فى مصر (٧٩) ويحاول بعض الفقه ان يقلل من أهمية هذا التعدد فيعلق على نص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بانه« بحسب الظاهر من هذا النص، فان اعتبارمسألة ما من الاحوال الشخصية ، يترتب عليه تطبيق الشريعة الدينية ، وهى الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين والشرائع الاخرى بالنسبة لغيرهم، ومع ذلك فهذا النظر ليس صحيحا وذلك لصدور قوانين موحدة بالنسبة لمعظم مسائل الاحوال الشخصية تسرى على المصريين جميعا من مسلمين وغير مسلمين . وبصدور هذه القوانين انحصر مبدأ تعدد الشرائع فى طائفة واحدة من مسائل الاحوال الشخصية هى علاقات الاسرة» (٨٠) .

---

(٧٩) راجع جميل الشرقاوى -السابق ص ١٥ ـ ١٦، احمد سلامة - السابق ١٣ ، حسام الاهوانى -السابق ص ١٨.

(٨٠) سمير تناغو- السابق ص ٢٨٢، والمسائل التى نظمت بقوانين موحدة تسرى على جميع المصريين هى مسائل الحالة والاهلية والتى نظمتها المواد ٢٩-٥١، ١٠٩-١١٩ من التقنين المدنى ومسائل الولاية والوصاية والقوامة والاذن بالادارة والغيبة وينظم هذه المسائل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وكذلك مسألة اعتبار المفقود ميتا حيث نصت المادة ٣٢ من القانون المدنى على أن « يسرى فى شأن المفقود ... الاحكام المقررة فى قوانين خاصة فان لم توجد فاحكام الشريعة الاسلامية » وهكذا تنطبق على المفقود النصوص الواردة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (م٨) والقانون رقم٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ (م٢١-٢٢)، وايضا مسائل الميراث والوصية والتصرفات المضافة الى مابعد الموت، فتخضع المواريث للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ والوصية للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الخاص ببيان القانون واجب التطبيق فى مسائل المواريث والوصايا فى مادته الأولى على ان « قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الاسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا على أنه اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية ان يتفقوا على ان يكون التوريث، وفقا لشريعة المتوفى » وعندما صدر القانون المدنى الحالى نصت المادة ٨٧٥ منه على ان« تعيين الورثة وتحديد انصبتهم فى الارث وانتقال اموال التركة اليهم تسرى فى شأنها احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها ». كما نصت المادة ٩١٥ منه على ان « تسرى على الوصية احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » وقد اختلف الفقه حول اثر النص الحالى للقانون المدنى على الحكم الواردة =

ويضيف « ان نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يفترض ان الشرائع تتعدد فى مصر بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ويضع قاعدة لتحديد الشريعة واجبة التطبيق وتعتبر صياغة النص على هذا النحو معيبة لأن القانون أصبح موحدا ، كماسبق أن أوضحنا ، فى معظم مسائل الأحوال الشخصية ، ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية دون توحيد سوى علاقات الأسرة، فاذا طبقنا نص المادة السادسة تطبيقا حرفيا أدى ذلك الى تطبيق الشرائع الدينية المختلفة على مسائل توجد بالنسبة لها

=بالقانون رقم٢٥ لسنة ١٩٤٤ والذى يجيز تطبيق الشريعة الطائفية بشروط معينة، فذهب رأى أول الى أنه بعد صدور القانون المدنى أصبح لامحل لتطبيق أحكام الشرائع الطائفية فى مسائل المواريث والوصايا حيث نسخ القانون المدنى الاستثناء الوارد بالقانون رقم٢٥ لسنة ١٩٤٤. من أنصار هذا الرأى- وهو الغالب فى الفقه المصرى-جميل الشرقاوى- السابق ص ٨ هامش (٢) ، ايهاب اسماعيل- أصول الأحوال الشخصية لغيرالمسلمين - الكتاب الأول- (التنازع بين الشرائع الداخلية) - الطبعة الأولى بدون تاريخ نشر ص ٧٦، حسام الأهوانى-السابق ص ٤٤،سميرتناغو- السابق ص٢٨٣ وراجع العديد من انصار هذا الرأى - عبد العزيز المرسى- مبادئ الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ١٩٩٦ ص ٣٣ هامش (١) وقد اخذت بهذا الرأى محكمة النقض . راجع نقض ١/٤/٦٤ فى الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٧ ق مجموعة س ١٥ ص ٤٨٦، وايضا نقض ٥/٢/٨٤ فى الطعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٥٠ ق مجموعة س ٣٥ ص ٣٨٠ ، وهو مانؤيده،بينما ذهب رأى ثان الى الابقاء على نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حتى بعد صدور القانون المدنى- من انصار هذا الرأى توفيق فرج- السابق ص ٦٨، حسن كيرة -المدخل الى القانون- الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٣٣٥، أحمد ابوالوفا، المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثالثة عشرة ١٩٨٠ ص ٣٠٤، احمد سلامة- السابق ص ٥٨. راجع فى هذا الخلاف تفصيلا- اسامة ابو الحسن- السابق ص ٣٧ ومابعدها.

ونلاحظ هنا ان بعض الفقه يتحدث عن الهبة باعتبارها من المسائل التى توحدت فى التطبيق بالنسبة لجميع المصريين وذلك بتنظيمها بالمواد ٤٨٦-٥٠٤ من القانون المدنى- على سبيل المثال توفيق فرج - السابق ص ٩٦، حسام الاهوانى- السابق ص ٢٤٧،عبد العزيز المرسى- السابق ص ٤٢، وقد يوحى هذا المنهج فى عرض مسألة الهبة بأن سبب عدم تطبيق الشرائع الطائفية بشأن الهبة يرجع الى قيام المشرع بتنظيمها بقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين، وليس هذا هو السبب فى واقع الأمر، فسبب عدم خضوع الهبة للشرائع الدينية هو ان الهبة قد حسم أمرها باعتبارها من الأحوال العينية وليس من الأحوال الشخصية وهو مايتضح من المادتين ١٣ . ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ومن تنظيم القانون المدنى للهبة فى مكانها الطبيعى بين العقود المسماة.

قوانين موحدة تسرى على المصريين جميعا مسلمين وغيرمسلمين، وهو مايخالف النظام القانونى فى مجموعه ، ولهذا ينبغى ان يؤخذ النص السابق على انه يضع قاعدة لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق على علاقات الأسرة، بل وعلى بعض علاقات الأسرة فقط وهى التى لم يصدر بشأنها تشريع خاص، وليس على مسائل الأحوال الشخصية فى مجموعها » (٨١)

ورغم دقة التحليل التى أورده الرأى السابق الا ان مسألة تعدد الشرائع فى مجال الأحوال الشخصية ليست بالضآلة التى يحاول ان يصورها بها ، فالتعدد مازال قائمارغم مايقال حول ضيق النطاق الذى انحصر فيه ، وهو ماينتقده الفقه المصرى بشدة إذ « يلاحظ ان تعدد الشرائع الواجبة التطبيق فى دولة واحدة لتنظيم نوع واحد من المسائل...... خصوصاإذا كان قائما على أساس اختلاف الدين، يعتبر مظهرا لايتفق مع مبادئ التنظيم القانونى فى الدول الحديثة التى توجب ان يقوم هذا التنظيم على وحدة التشريع المطبق فى نوع واحد من المسائل بالنسبة لكل رعايا الدولة... وهو تعدد يأمل كثير من الكتاب فى زواله قريبا ، بصدور تشريع موحد يحكم سائر مسائل الأحوال الشخصية لجميع الوطنيين، رغم ماقد يثار فى سبيل تحقيقه من عقبات ناشئة عن الخلاف الجوهرى بين قواعد الاديان فى بعض المسائل ، كالطلاق ، مبررين رأيهم بان تنظيم هذه المسائل تشريعيا يجب أن يقوم على الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية دون تأثر بالعقيدة الدينية ، وكل الدول الأوربية تقريبا ، تطبق فيها قوانين مدنية موحدة فى مسائل الأحوال الشخصية ، بصرف النظر عن اختلاف القواعد الدينية المتعددة التى تفرضها ديانات أو مذاهب أفرادها » (٨٢)

« واستجابة لهذه المبادئ التى تقضى بالتوحيد وضعت عدة مشروعات لقانون موحد لحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع

---

(٨١) سمير تناغو - السابق ص ٢٨٨.

(٨٢) جميل الشرقاوى -السابق ص ١٠ وهامش (١) بذات الصفحة.

طوائف غير المسلمين، فى مسائل الزواج والطلاق الا أنه يلاحظ ان كل المشروعات لايضع قواعد موحدة فى هذه المسائل تطبق على جميع الوطنيين دون اعتبارللدين بل يقوم ايضا على الفصل بين المسلمين وغيرهم فى هذه القواعد، ومثل هذا الاتجاه لايمثل الصورة الكاملة للتنظيم القانونى، وقد يعتبره البعض خطوة فى سبيل التوحيد الكامل المنشود ، ولكننا نعتقد على خلاف ذلك ، انه يعوق هذا التوحيد لأنه يقيم أسسا دائمة للفصل -فى قواعد الأحوال الشخصية - بين المسلمين من ناحية وغيرالمسلمين من ناحية أخرى، كمايلاحظ ان كل المشروعات تقتصرعلى تنظيم الزواج والطلاق ولاتتضمن تنظيما لمسائل الأحوال الشخصية الأخرى كالنفقات والحضانة وغيرها ، وهذا يعنى التسليم بضرورة توحيد القواعد المطبقة على المسلمين وغيرهم، فى غير مسائل الزواج والطلاق من روابط الأحوال الشخصية التى تحكمها قواعد الديانة » [٨٢مكرر] وينتهى هذا الفقه الى القول بأن « توحيد قواعد الأحوال الشخصية فى مسائل الزواج والطلاق لمتحدى الطائفة والملة من غيرالمسلمين لايحتاج الى وضع قواعد تتضمن تنظيما تفصيليا موازيا لتنظيم هذه المسائل بالنسبة للمسلمين ، بل لايحتاج ذلك إلى أكثرمن نصين يوضعان بين النصوص المنظمة للزواج والطلاق التى تسرى على سائر الوطنيين ، يحرم أحدهماعلى الرجل المسيحى ان يعدد زوجاته، ويجعل النص الآخرالطلاق بين الزوجين المسيحيين المتحدين فى الطائفة والملة موقوفا على صدورحكم من القضاء بعد تقدير الأسباب التى يبنى عليها طلب الطلاق من أحد الزوجين» [٨٣] .

ويضيف بعض الفقه فى ذات السياق انه« وإذاكان توحيد القواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية امرا مرغوبا فيه نظرا لما له من مزايا ، ولمسايرته التنظيم القانونى فى الدول الحديثة فان من الممكن الوصول إليه ،

(٨٢ مكرر) جميل الشرقاوى -السابق ص ١١.

(٨٣) جميل الشرقاوى -السابق ص ١١ وهامش (١).

على ان يراعى فى ذلك تفادى كل مايمس العقيدة الدينية لأية طائفة من الطوائف فى مصر، ولاشك ان هناك من المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره مايمكن توحيدها دون اثارة ادنى صعوبة لعدم مساسها بالعقيدة الدينية فى شئ، وذلك مثل النفقة والنسب والحضانة والمهر والجهاز والنظام المالى للزوجين ، أما المسائل الأخرى التى تمس العقيدة الدينية ويختلف فيها حكم الديانات فهى ليست بالمسائل العديدة، ومن ذلك مثلاحالة تعدد الزوجات واباحة الطلاق وحالاته، فمن الممكن بالنسبة لهاأن توضع قواعد خاصة لكل شريعة دينية، وذلك بمايتفق وارجح المذاهب فى الديانة بغض النظر عن الخلافات المذهبية، لأنها خلافات لاتتصل الى جوهر العقيدة وترجع الى اختلاف وجهات النظر فى التفسير»(٨٤) ويفضل هذا الفقه وضع مشروع واحد يضم مسائل الأحوال الشخصية جميعها ، خاصة فى المسائل التى لاتتصل بالعقيدة الدينية ، ولابأس من افراد باب خاص للمسائل التى قد يثار فيها الأمر بالنسبة للعقيدة الدينية وهى قليلة مثل انعقاد الزواج والطلاق وتعدد الزوجات، ويفضل ايضا ان تدرج هذه القواعد ضمن القانون المدنى شأنه فى ذلك شأن التقنينات الحديثة (٨٥)

وهكذا فان « الوحدة الوطنية تقتضى دائما أن تخاطب القاعدة القانونية المواطنين جميعا بصرف النظر عن دياناتهم ، فوحدة القاعدة القانونية تكون بمثابة الرباط الذى يجمع شمل المواطنين جميعا. واختلاف الديانات فى الكثير من البلاد لم يقف حائلا فى سبيل وضع قواعد موحدة لمسائل الأحوال الشخصية . حقا قد يثير مثل ذلك التوحيد بعض الحساسيات، ولكن متى خلصت النوايا فمن الواجب التخلص من تلك الحساسيات والوصول الى درجة أقوى من الوحدة الوطنية، فالتوفيق بين الأديان فى مسائل الأحوال الشخصية ليس بمعضلة ازلية»(٨٦) « ولايكفى

(٨٤) توفيق فرج- السابق ص ٢١.

(٨٥) توفيق فرج- السابق ص ٢٤.

(٨٦) حسام الاهوانى -السابق ص ١٨، ١٩.

لاستقرار الحقوق وتحقيق العدالة المنشودة ان تقضى محكمة واحدة فى المنازعة ، بل يتضمن ايضا ان يكون الحكم فيها وفق قاعدة موحدة تصدر عن السلطة التشريعية معبرة عن ارادة الأمة ومستهدفة مصالح المجتمع ويتساوى الجميع امامها » (٨٧).

وهكذا نستطيع ان نكتشف اتجاها عاما لدى الفقه المصرى نحو وضع قواعد موحدة تسرى على جميع المصريين فى مسائل الأحوال الشخصية ، ويميل معظمه إلى استثناء بعض المسائل التى تتصل بجوهر العقيدة الدينية وهوالاتجاه الذى ظهر واضحا فى حكم المحكمة الدستورية العليا .

المطلب الثانى
ضابط التوحيد والتعدد فى قضاء المحكمة الدستورية العليا
«فكرة جوهر العقيدة الدينية»

لقد حاولت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها ان توفق بين الاعتبارين اللذين يثوران دائما فى هذه المسألة وهمامبدأ المساواة بين المواطنين فى الخضوع للقانون ومبدأ احترام حرية العقيدة الدينية ، وقد استخدمت في ذلك معيارا أو ضابطا معينا هو جوهر العقيدة الدينية ، فمتى تعلقت المسألة بجوهر العقيدة الدينية الخاصة جاز ان تتعدد الشرائع فى هذه المسألة احتراما لحرية العقيدة أما إذا لم تتصل المسألة بجوهر هذه العقيدة فيجب توحيد القاعدة التى تحكمها احتراما لمبدأ المساواة الذى كفله الدستور، وهكذاتقرر المحكمة «ان تحديد سن الحضانة... أوثق اتصالا بمصلحة الصغير والصغيرة ...... ولايجوز فى مسألة لايتعلق فيها تحديد هذه السن بأصول العقيدة وجوهر احكامها ، ان يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعا لديانتهم ، ذلك ان الأصل هو مساواتهم قانونا ضمانا

---

(٨٧) حمدى عبد الرحمن ،أحكام الأحوال الشخصية عند المسيحيين المصريين، ص٢٠.

لتكافوء الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم، سواء فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم».

وقد ظهرت فكرة جوهر العقيدة المسيحية أولا فى قضاء محكمة النقض المصرية ، حيث رفضت السماح للزوج المسيحى بتعدد الزوجات حتى ولو كانت الشريعة الاسلامية واجبة التطبيق على النزاع بسبب اختلاف الزوجين فى الملة أو الطائفة ، فقضت بأنه « ولئن كان مفاد المادتين٦ , ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن الغاء المحكام الشرعية والمحاكم الملية، والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ان احكام الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق فى منازعات الاحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة..... الا أنه لامحل لاعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة- والتى يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحى بنفس حقوق الزوج المسلم - إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية ، والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا من ديانته وانحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته، طالما لاتنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على مايتجافى وقواعد النظام العام فى مصر ومن قبيل هذه المبادئ التى لاتتعارض وقواعد النظام العام وتعتبر من الأصول الأساسية فى الديانة المسيحية مبدأ حظر تعدد الزوجات، إذ لايجوز أعمال مايناقضه من الأحكام الموضوعية فى الشريعة العامة..... ولما كان الاجماع أخذا بروح الانجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج المسيحى على أن الوحدة فى الزواج تعتبر من المبادئ التى تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها ، وكان من خصائص الزواج المسيحى انه علاقة فردية، لايمكن ان تنشأ الا بين رجل واحد وامرأة واحدة ، فلايجوز للرجل ان يتزوج بأكثر من إمرأة واحدة فى نفس الوقت ،ولايجوز للمرأة ان تجمع أكثر من زوج فى وقت واحد. وكان حظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على سواء ، يعد من المبادئ التى سادت المسيحية طوال العشرين قرنا الماضية. ولم تكن اطلاقا موضع خلاف على

الرغم من انقسام الكنيسة الى شرقية وغربية وإلى أرثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية حتى أصبحت شريعة الزوجة الواحدة لهاسمة وعليها علما مما مؤداه ان هذا المبدأ........ يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والخليقة بالانصياع فيمابين المسيحيين بحيث أنه فى نطاق التعدد المتعاصر للزيجات - بخلاف الزيجات المتعاقبة- يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه» (٨٨)

وكررت محكمة النقض ذات المبدأ بشأن الشكل الدينى للزواج فى الشريعة المسيحية فى حكم من أحدث أحكامها (٨٩)

ويتضح من قضاء محكمة النقض-التى ابتدعت فكرة جوهر العقيدة المسيحية وجعلتها مبدأً عاما فى هذا الشأن - انه يجب توافر شرطين فى المسألة لكى تكون من المسائل المتعلقة بجوهر العقيدة المسيحية:

الأول: ان تكون القاعدة متصلة بحكم أساسى من أحكام الديانة المسيحية، وقد عبرت محكمة النقض عن ذلك بقولها « والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا عن ديانته وانحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته».

---

(٨٨) نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة ٤٨ ق- مجموعة س ٣٠ ص ٢٧٦ وراجع ايضا حكما احدث لها فى ١٩٨٦/٤/٢٢ فى الطعن رقم ٦٢ لسنة ٥٤ق- مجموعة س ٣٧ ص ٤٥٧ وجاء به « انه لماكان مبدأ حظر تعدد الزوجات يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على اختلاف مللها وطوائفها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والخليقة بالانصياع فيما بين المسيحيين بحيث يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ، ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه ، وكان اطراف الدعوى ممن يدينون بالمسيحية وكانت المطعون عليها زوجة للطاعن الأول فان من حقها رفع دعوى ببطلان زواجه بالطاعنة الثانية».

(٨٩) نقض ٨/١/ ١٩٩٦ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ ق- لم ينشر بعد.

الثانى: أن تكون القاعدة من القواعد التى لاخلاف عليها بين كافة المذاهب المسيحية وفى ذلك تقول محكمة النقض « وكان حظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على سواء، من المبادئ التى سادت المسيحية طوال العشرين قرنا الماضية ولم تكن اطلاقا موضع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة... ومما مؤداه أن هذا المبدأ... يعتبرمن القواعد الأصلية فى المسيحية على اختلاف مللهاونحلها وطوائفها ومذاهبها ».

ورغم ان فكرة جوهرالعقيدة المسيحية قد وردت بقضاء محكمة النقض وكذلك فى قضاء المحكمة الدستورية العليا الا أن دور هذه الفكرة يختلف اختلافا بيِّنا فى قضاء كل من المحكمتين ويرجع ذلك بصفة اساسية الى اختلاف طبيعة النزاع المعروض على كل منهما ، ففكرة جوهر العقيدة المسيحية تطرح على محكمة النقض فى دعوى يكون طرفاها مختلفين فى الملة أو الطائفة ومن ثم فان الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق على النزاع تطبيقا لنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، الا أن تعارض القاعدة الموضوعية فى الشريعة الاسلامية مع جوهر العقيدة المسيحية يؤدى لاستبعاد تطبيق الشريعة الاسلامية ، وهكذا يمكننا القول ان فكرة جوهر العقيدة المسيحية تلعب دورا « سلبيا » أو« استبعاديا » أمام محكمة النقض ،بحيث يؤدى اعمالها الى استبعاد تطبيق الشريعة الاسلامية وتطبيق الشريعة الخاصة ولذلك تؤدى هذه الفكرة الى توسيع مجال تعدد الشرائع وليس الى تضييق هذا المجال ، فاذا حدث وطبقت محكمة الموضوع الشريعة الاسلامية على النزاع واغفلت من ثم تطبيق فكرة جوهر العقيدة المسيحية فان حكمهايكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون[٩٠]

---

(٩٠) وهكذا انتهت محكمة النقض الى أنه« وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظروجعل عمدته فى قضائه إعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة فى غير حالات انطباقها واباح تعدد الزوجات للمسيحى رغم تنافره مع أصل أساسى من أصول عقيدته ، فانه يكون مخالفا للقانون ممايستوجب نقضه» نقض ١٩٧٩/١/١٧ السابق الاشارة إليه.

أما دور فكرة جوهر العقيدة المسيحية لدى المحكمة الدستورية العليا فيتمثل فى اعتبارها ضابطا يحدد للمشرع المسائل التى يجب عليه فيهاأن يوحد قواعد الأحوال الشخصية وتلك التى يجوز له فيها ان يسمح بتعدد الشرائع المطبقة، فإذا كانت المسألة متعلقة بجوهر العقيد المسيحية جاز للمشرع ان يسمح فيها بتعدد الشرائع من اجل احترام حكم الشريعة المسيحية الذى قد يخالف الشريعة العامة فى هذه المسألة ، أماإذا لم تتعلق المسألة بجوهرالعقيدة المسيحية فان المشرع يكون ملزما بتوحيد القواعد القانونية التى تحكم هذه المسألة بالنسبة لجميع المصريين وبغض النظر عن ديانتهم وحتى ولو كانوا متحدين فى الملة والطائفة، والا كان النص الذى يكرس التعدد التشريعى مخالفا للدستور، وهكذا يؤدى عدم احترام المشرع لدور فكرة جوهر العقيدة المسيحية -كما رسمته المحكمة الدستورية العليا- إلى الحكم بعدم دستورية التشريع الذى اجاز التعدد التشريعى فى حالة لاتتعلق بجوهر العقيدة المسيحية.

وهكذا يمكننا ايجاز الاختلاف فى دور فكرة جوهر العقيدة المسيحية لدى كل من المحكمتين فيمايلى:

١ - *لدى محكمة النقض:*

تعد فكرة جوهرالعقيدة المسيحية قيدا على تطبيق الشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية وهى الشريعة الاسلامية وذلك بالنسبة للمسيحيين مختلفى الملة أو الطائفة، بحيث يستبعد تطبيق الشريعة الاسلامية إذا تعارض حكمها مع جوهر العقيدة المسيحية.

٢ - *لدى المحكمة الدستورية العليا:*

تعد فكرة جوهرالعقيدة المسيحية قيدا على المشرع لايجيز له ان يسمح بتعدد الشرائع الا فى المسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية ، فاذا لم

تكن المسألة كذلك وجب عليه توحيد التشريع فيها بالنسبة لجميع المصريين.

ويمكننا إذن ان نصل الى ملاحظة هامة من المقارنة السابقة وهى ان دور فكرة جوهر العقيدة الخاصة لدى محكمة النقض يؤدى لتوسيع الحالات التى تطبق فيها الشريعة المسيحية أو الشريعة الخاصة بصفة عامة، أما دور ذات الفكرة لدى المحكمة الدستورية العليا فيؤدى الى تضييق الحالات التى يجوز فيها للمشرع ان يسمح بتعدد القواعد القانونية المطبقة فى مسائل الأحوال الشخصية، ولايرجع ذلك- كماقد يبدو للوهلة الأولى - الى انحياز محكمة النقض الى فكرة التعدد التشريعى وانحياز المحكمة الدستورية العليا الى عكس ذلك، بل يرجع ذلك لاختلاف المناسبة التى عرضت فيهاالفكرة أمام كل من المحكمتين واختلاف طبيعة المنازعة أمام كل منهما، فمحكمة النقض تمارس دورها الذى رسمه القانون فى التحقق من صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى ومن ذلك بطبيعة الأمر تحديد القانون واجب التطبيق على واقعة الدعوى، وقد أرست بهذه المناسبة فكرة جوهرة العقيدة الدينية كمبدأ قانونى عام سارت عليه فى تفسيرها وتطبيقهاللنصوص التى توزع الاختصاص التشريعى بين الشريعة الاسلامية والشرائع الخاصة بغيرالمسلمين، وهو مايؤدى لاستبعاد تطبيق الشريعة الاسلامية كلما تعلقت المسألة بجوهر العقيدة المسيحية.

أما المحكمة الدستورية العليا فتمارس دورها فى التحقق من مطابقة النص المعروض عليها لنصوص الدستور ، فاذا تبين لها مخالفته للدستور، حكمت بعدم دستوريته ، وقد وضعت بهذه المناسبة الضابط الذى يجب ان يتقيد به المشرع عند اجازة تعدد القواعد القانونية فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وانتهت المحكمة الى أن التعدد جائز فقط فى المسائل التى تعد من جوهر العقيدة المسيحية ، فاذا خرجت المسألة عن هذاالنطاق وجبت العودة للقاعدة العامة التى نص عليها الدستور وهى وجوب خضوع جميع المواطنين لقواعد قانونية واحدة اعمالا لمبدأ المساواة الذى نصت عليه

المادة ٤٠ منه.

وأيا كان الاختلاف بين دور فكرة جوهر العقيدة المسيحية لدى كل من المحكمتين الا أننا لانستطيع ان نغفل حقيقة هامة وهى ان استخدام المحكمة الدستورية العليا لضابط جوهرالعقيدة الخاصة كقيد على المشرع ،يدعم القضاء السابق لمحكمة النقض والذى أرست به هذه الفكرة وهو القضاء الذى لانؤيده كثيرا لمخالفته فى نظرنا لصراحة نص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة١٩٥٥ وان كنا نؤيده فى مضمونه، على أن يكون ذلك بتعديل تشريعى وليس بمبدأ قانونى ترسيه محكمة النقض ، الا أننا لانملك الا القول بأن هذه الفكرة قد أصبحت أكثر رسوخا بورودها فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ايضا ، وسوف نرى الآن كيف يمكننا تحديد الحالات التى تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية فى ظل هذه الفكرة.

المطلب الثالث
تطبيق ضابط جوهر العقيدة المسيحية
على بعض المسائل الهامة

ان هدفنا هنا بطبيعة الحال هو ان نحدد المسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية بحيث يجوز للمشرع أن يسمح بشأنها بتطبيق الشريعة المسيحية وفى خارج هذا النطاق فإنه ينبغى ان تتوحد القواعد التى تطبق على جميع المصريين من مسلمين وغيرهم، وسوف نناقش هنا خمسة مسائل لنرى مدى تعلقها بجوهر العقيدة المسيحية ومن ثم مدى جواز ان تتعدد الشرائع بشأنها ، وسوف نتناول أولا إحدى المسائل التى نص عليها المشرع صراحة وهى عدم سماع دعوى الطلاق لدى الكاثوليك ثم حالتين وضعتهما محكمة النقض وهما عدم جواز تعدد الزوجات للزوج المسيحى والشكل الدينى للزواج وحالة رابعة ينادى بها بعض الفقه وهى انه لايجوز للزوج المسيحى ايقاع الطلاق بارادته المنفردة، وحالة خامسة تعتنقها الكنيسة

القبطية الأرثوذكسية وهى أنه لايجوز الطلاق الا لعلة الزنا، وسوف نلتزم فى تحديدنا للمسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية بالمفهوم الذى ارسته محكمة النقض لهذه الفكرة بحيث لن نعتبرمسألة ما متعلقة بجوهرالعقيدة المسيحية الا اذا توافر فيها الشرطان اللذان أفصحت عنهما المحكمة وهما : ان تكون القاعدة متصلة بحكم اساسى من أحكام الديانة المسيحية والايكون هناك خلاف عليها بين كافة المذاهب المسيحية.

الفرع الأول
المسألة الأولى
لاطلاق لدى الكاثوليك

نصت المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه «لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غيرالمسلمين على الآخر الا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق» وقد سبق ان تناولنا هذا النص بايجاز فى هذا البحث[٩١]، ونلاحظ ان هذه هى المسألة الوحيدة من المسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة الخاصة التى نص عليها المشرع حيث ان باقى المسائل التى سنناقشها لم يرد بأى منها نص تشريعى ولذلك فان بحثنا لمدى تعلق هذه المسألة بجوهرالعقيدة المسيحية ينصرف الى مدى اتفاق هذا النص التشريعى مع مفهوم فكرة جوهر العقيدة المسيحية الذى سبق ان عرضناه، فاذا تبين عدم اتفاقه معه فان الأمرفى نظرنا سوف يكون فى حاجة لتعديل تشريعى .

ويلاحظ ان نص المادة ٧/٩٩ لايعنى اليهود بطبيعة الحال ولايقدم بالنسبة لهم أية فائدة لان الشريعة اليهودية تدين بوقوع الطلاق بصفة عامة سواء كان بحكم القاضى أم بإرادة الزوج المنفردة . فلا يتصور ان يكون المقصود من هذا النص انه يجوز للقاضى الحكم بالطلاق بالنسبة لليهود، لأن هذه الاجازة موجودة أصلا بشريعتهم الخاصة، فتطبيق الشريعة الاسلامية عليهم بشأن الطلاق- فى حالة اختلاف الزوجين فى الملة مثلا- لن يؤدى لأى تصادم مع قواعد الشريعة اليهودية.

---

(٩١) راجع ماسبق تحت عنوان مدى التطابق بين عيب عدم الدستورية وعيب مخالفة القاعدة للنظام العام.

وقد حاول رأى فى الفقه ان يفسرمعنى الطلاق الوارد بالمادة: ٧/٩٩ بانه « الطلاق بالارادة المنفردة للزوج » فلايقصد به « التطليق» الذى يتم بحكم المحكمة، و بمعنى آخريشترط ان يدين الزوجان بجواز ايقاع الزوج للطلاق بارادته المنفردة وليس الطلاق بصفة عامة والذى يشمل التطليق، ورتب على ذلك انه « لايوجد من غيرالمسلمين من يدين بوقوع الطلاق سوى اليهود، اما المسيحيين على اختلاف مللهم وطوائفهم فلا يدينون بوقوع الطلاق وان سمحت بعض طوائفهم بالتطليق » (٩٢).

ومؤدى الرأى سالف الذكر ان دعوى اثبات الطلاق لاتسمع بالنسبة لجميع الطوائف المسيحية- فى حالة تطبيق الشريعة الاسلامية- لأن جميع هذه الطوائف لاتعرف الطلاق بالارادة المنفردة، ولكن هذا الرأى لم يلق قبولا إذ ان لفظ الطلاق هولفظ عام ينصرف الى الطلاق بالارادة المنفردة للزوج والى التطليق بحكم القاضى ولم يكن للرأى المذكور من سند سوى الحجة اللفظية التى ذكرها، ولذلك فقد ردت محكمة النقض على هذا الرأى صراحة وقررت ان المقصود بهذا النص هم الكاثوليك لأن الكاثوليكية هى الملة الوحيدة التى لاتعرف الطلاق فقررت « ان المشرع ...... استبقى نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دفعاللحرج الذى قد يحدث عند الطلاق فى حالة ما إذا كان الزوجان لايدينان بوقوعه...... ولاوجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لايعرف الطلاق بالارادة المنفردة، ذلك ان المقصود من المادة المشار اليها ان يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غيرالمسلمين ولوتوقف على حكم من القاضى، وانه لايرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة الا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق إذ أن الملة الوحيدة التى لاتجيز التطليق هى ملة الكاثوليك» (٩٣)

---

(٩٢) راجع -سمير تناغو - أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين١٩٦٨ ص ٧٣.

(٩٣) نقض ١٤/١/٧٠ فى الطعن رقم٣٠ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س ٢١ ص ٩٦ وفى ذات المعنى نقض ١٤/٢/١٩٦٨ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ ق -مجموعة- س ١٩ ص ٢٩٣، نقض ١٥/١٢/١٩٧٦ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة٤٥ ق مجموعة س ٢٧ ص ١٧٥٨.

وقد ذكرنا ان هذا النص لايتعلق باليهود بأى حال من الأحوال لأن المسألة المطروحة فيه هى ان مبدأ الطلاق-فى حالة تطبيق الشريعة الاسلامية- يتعارض مع جوهر الشريعة الخاصة للزوجين، ولذلك فان هذه المسألة لايمكن ان تطرح إلا بالنسبة للمسيحيين ، وإذا راجعنا نص المادة ٧/٩٩ فانه يعنى التفرقة بين قسمين من المسيحيين،قسم يدين بالطلاق وقسم لايدين به وهم الكاثوليك فقط، ولو أخذنا بالرأى المنتقد فان النص يفقد أى معنى طالما ان الرأى قد ذهب الى تطبيقه على جميع طوائف المسيحيين وهو ماعبرت عنه محكمة النقض صراحة فقررت « ان الشارع قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فاجاز سماع الدعوى بالنسبة لها دون تلك التى لاتدين بالطلاق فمنع سماع دعوى الطلاق بينهما دفعا للحرج والمشقة، وكان المذهب الوحيد الذى لايجيز التطلق فى المسيحية هو المذهب الكاثوليكى...... » (٩٤)

ويلاحظ انه يكفى لتطبيق نص المادة ٧/٩٩ ان يكون احد الزوجين فقط من الكاثوليك فلايشترط ان يكون كلاهما من الكاثوليك، فلو كان الزوج قبطيا أرثوذكسيا وكانت الزوجة كاثوليكية فلاتسمع دعوى الطلاق رغم ان الشريعة الاسلامية هى التى تطبق على النزاع ورغم ان الزوج ينتمى لطائفة تجيز التطليق، وهذا المعنى يظهر بوضوح من نص المادة ٧/٩٩ ذاتها حيث اشتملت على عبارة« يدينان بوقوع الطلاق » أى كل منهماوليس احدهمافقط. (٩٥)

---

(٩٤) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٥ق مجموعة س ٢٧ ص ١٧٥٨.

(٩٥) وهو ما قضت به محكمة النقض فقررت ان « دعوى الطلاق لاتسمع من احد الزوجين غيرالمسلمين على الآخر الا إذا كانايدينان بوقوع الطلاق ،أى ان يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غيرالمسلمين« نقض ١٩٧٦/١٢/١٥المشار اليه سابقا ، وفى ذات المعنى نقض ١٩٨٤/٤/١٠ فى الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٣ ق مجموعة س ٣٥ ص ٩٥٩.

ونشير بهذه المناسبة الى ان الرجوع للشريعة الخاصة بالزوجين يكون بهدف التحقق مما إذا كان مبدأ الطلاق مشروعا فيها أم لا ، فإذا تبين ان هذه الشريعة تعرف الطلاق توقف الأمر عند ذلك ، ولايتم البحث فى حالات أو أسباب الطلاق التى تنظمها الشريعة الخاصة، ويرجع فى هذه الحالات أو الأسباب الى الشريعة الاسلامية التى كانت تحكم النزاع بحسب الأصل ، فاذا كان الزوج قبطيا أرثوذكسيا وكانت الزوجة انجيلية ، ورفعت عليه دعوى للتطليق للضرر، فإن الشريعة الاسلامية هى التى تحكم النزاع، ولما كانت كل من شريعة الاقباط =

ورغم تقرير هذه القاعدة بنص تشريعى فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية واعتبار هذا النص متعلقا بالنظام العام فى قضاء محكمة النقض وعدم اعتراض الفقه المصرى فى مجمله على هذا النص فان ذلك لايمنعنا من تكرار ماسبق ان ذكرناه فى هذا البحث [٩٦] من ان هذا النص يثير بقوة شبهة مخالفة الدستور خاصة مع ارتباطه بتقرير نظام الانفصال الجسمانى لدى الكاثوليك ، إذ يحرم هذا النص الكاثوليك من مكنة الطلاق المتاحة لجميع المصريين مسلمين ويهود ومسيحيين حتى ولو توقف على حكم من المحكمة بالنسبة للأخيرين، كما أننا نرى ان نظام الانفصال الجسمانى يتعارض مع حق أو حرية الزواج وتكوين الأسرة إذ يكون الشخص فى حالة معلقة فلا يكون مطلقا يستطيع الزواج ولايكون زوجاإذ تتوقف الحياة الزوجية من الناحية الفعلية ، وقد أبدى أحد الأزواج من الكاثوليك ملاحظة قاسية فى إحدى المناسبات التى شاهدناها فى الواقع عندما اصيبت زوجته بالجنون فقرر ان السبيل المتاح امامه هو إقامة علاقة غيرمشروعة أو اعتناق الإسلام عن غيراقتناع.

ونلاحظ ايضا ان فكرة جوهر العقيدة المسيحية التى اشار اليها الفقه ودعمها القضاء ترتبط بالمسائل التى لاخلاف عليها فى العقيدة المسيحية بجميع مذاهبها مثل حظر تعدد الزوجات والشكل الدينى للزواج والأمر ليس كذلك بالنسبة لمنع الطلاق فجميع المذاهب المسيحية عدا الكاثوليكية تعرف الطلاق بحكم القاضى ، ولذلك فلا يمكن ان نسلم بان حظر الطلاق فى

=الأرثوذكس وشريعة الانجيليين تعرف التطليق فانه يجوز سماع دعوى التطليق من الزوجة، ويجوز الحكم بتطليقها للضرر وفقا للمادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ رغم ان شريعة الانجيليين لاتقر التطليق الا فى حالتين فقط هما الزنا وخروج أحد الزوجين عن الدين المسيحى، وهو ماقضت به محكمة النقض صراحة حيث قررت انه « فلايرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة الا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به» نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فى الطعن رقم٨ لسنة٣٦ ق-مجموعة س ١٩ ص٢٩٣.

(٩٦) راجع ماسبق تحت عنوان: مدى التطابق بين عيب عدم الدستورية وعيب مخالفة القاعة للنظام العام»

المذهب الكاثوليكى يعد متعلقا بجوهر العقيدة المسيحية، وقد يقال فقط انه متعلق بجوهر العقيدة الكاثوليكية وهو مالايكفى -فى نظرنا ووفقا لمضمون فكرة جوهر العقيدة المسيحية التى ارساها القضاء المصرى- لاعتباره متعلقا بجوهرالعقيدة المسيحية والتى تقتصر على المسائل التى لاخلاف عليها بين جميع المذاهب المسيحية .

ويدعم قولنا السابق ان المذهب الكاثوليكى نفسه يجيز حل الرابطة الزوجية فى حالات معينة ولايستعمل الفقه فى هذه الحالات تعبير «الطلاق» بل يتحدث عن «حل الزواج» أو « انحلال الزواج» (٩٧) ، وهنا يحق لنا ان نتساءل : لماذا لاتعتبر هذه الحالات من حالات الطلاق الذى لامعنى له سوى «انحلال الزواج رغم بقاء الزوجين على قيد الحياة »؟(٩٨) وهذه الحالات هى:

١- *حالة الامتياز البولسى:*

وذلك إذا كان الزوجان غيرمسيحيين واعتنق أحدهما المذهب الكاثوليكى فيجوز لهذا الأخير ان يعقد زواجا جديدا إذا رفض الزوج الآخر اعتناق الكاثوليكية، وهنا ينحل الزواج السابق بقوة القانون بمجرد إبرام الزواج الجديد ، وذلك سواء كان الزواج الأول مكتملا (بالدخول) أم غيرمكتمل (٩٩).

---

(٩٧) راجع على سبيل المثال-حسام الأهوانى- السابق ص ٦٢٥ ، احمد سلامة-السابق ص ٧٥٦، توفيق فرج-السابق ص ٩٣٧ .

(98) "Le divorce est la dissolution du mariage du vivant des époux" Lindon et Bénabent .op.cit. p.3.

(٩٩)راجع حسام الاهوانى السابق ص ٦٢٦ وقد نصت على هذا الامتياز المادتان١٠٩ ، ١١٥ من الارادة الرسولية فنصت الأولى على ان« يحل الزوج الناموسى بين غير المعتمدين وان كان مكتملامراعاة للايمان بقوة الامتياز البولسى» ونصت الثانية على أن « لايحل وثاق الزواج الأول المعقود خارجا عن الايمان الا عندما يعقد الفريق المؤمن زواجا جديدا صحيحا».

٢- *رهبنة أحد الزوجين فى الزواج غير المكتمل:*

نصت المادة ١٠٨ من الارادة الرسولية للكاثوليك على أن « الزواج غير المكتمل ...... ينحل بذات الشرع بالترهب الكبير أى الاحتفالى...... » ويلاحظ ان هذه الحالة خاصة بالزواج غير المكتمل فقط، فإذا حدث دخول فلاينحل الزواج بسبب رهبنة أحد الزوجين ولايشترط لانحلال الزواج رضاء الزوج الآخر بالرهبنة .(١٠٠)

٣- *التفسيح من البابا فى الزواج غيرالمكتمل:*

نصت المادة ١٠٨ من الإرادة الرسولية ايضا على أن « الزواج غير المكتمل ...... ينحل ...... بتفسيح يمنحه الحبرالرومانى لسبب عادل عن طلب من الفريقين أو من أحدهما فقط ولو بالرغم من الفريق الآخر».

ويلاحظ انه يشترط فى هذا الحالة ايضا ألايكون الزواج مكتملا فإذا حدث دخول فلايجوز حل الزواج ، كما يشترط توافر«سبب عادل» وهى عبارة واسعة تعطى سلطة تقديرية كبيرة ولهذا يدخل فى اطارها ارتكاب أحد الزوجين للزنا الحقيقى أو الحكمى وسوء السلوك الذى يتعذر معه توقع قيام حياة زوجية سليمة تقوم على الثقة، كما تشمل اصابة الزوج بعجز جنسى بعد العقد وقبل الدخول (١٠١)

ويشترط كما هو واضح من النص ان يصدر التفسيح من البابا فى روما ويرى البعض انه بعد صدور القانون٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فان « الطلاق لايصدر من البابا وانما يشترط لكى يحكم القضاء المصرى بانحلال الزواج تقديم مايفيد موافقة الرئاسة الدينية على التفسيح» (١٠٢) وهو مانؤيده،

---

(١٠٠) بعكس شريعة الاقباط الأرثوذكس التى تشترط موافقة الزوج الآخرعلى رهبنة زوجه، راجع المادة ٥٨ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس.

(١٠١) حسام الاهوانى -السابق ص٦٢٧.

(١٠٢) حسام الاهوانى -السابق ص٦٢٧.

كما يشجعنا استخدام هذا الفقه للفظ « الطلاق » صراحة وليس لفظ «حل الزواج» على القول بان المبدأ الذى يعتبره الفقه والقضاء راسخا وهو أن المذهب الكاثوليكى لايعرف الطلاق، لايجب ان يؤخذ على اطلاقه، طالما وجدت هذه الحالات الثلاثة فى المذهب المذكور، ولايؤثر فى ذلك استعمال الارادة الرسولية لعبارة (حل الوثاق أو حل الزواج) فليس ذلك فى حقيقته الا الطلاق، خاصة وان المادة ١٠٨ من الإرادة الرسولية تعطى البابا سلطة حل الزواج للسبب الذى يراه عادلا وهو ما يمنحه سلطة واسعة فى حل الزواج-اى الطلاق- ولايعنى ذلك الإقرار بمبدأ الطلاق فى شريعة الكاثوليك كقاعدة عامة وانما يعنى الإقرار بوجود بعض حالات الطلاق فيها على سبيل الاستثناء (١٠٣)

وهكذا نستطيع القول ان مبدأ حظر الطلاق لدى الكاثوليك ليس من المسائل المتعلقة بجوهرالعقيدة المسيحية لعدم اتفاق جميع المذاهب المسيحية على هذا المبدأ خاصة واننا نرى ان هذا المذهب نفسه يسمح بالطلاق فى بعض الحالات على سبيل الاستثناء ، ولذلك فاننا نرى أن إقرار هذا المبدأ بنص تشريعى هو نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد يشكل مخالفة للدستور وهو ما اوضحناه من قبل، ومايهمنا هنا هو ان ضابط التوحيد والتعدد الذى وضعته المحكمة الدستورية العليا سيلزم المشرع عند وضعه لقانون موحد للأحوال الشخصية لجميع المصريين ألا

(١٠٣) ولذلك فاننا لانسايرماذهب اليه الرأى المذكور بالمتن بعد ذلك من ان القضاء يجب ان يحل محل الرئاسة الدينية فى ذلك- اى فى تقديرسبب الطلاق- ويعلل ذلك بان « المسألة لاتتعلق بأمريتصل بالعقيدة وانمايتصل بتقديرتوافر سبب عادل يستوجب التفسيخ، والسبب العادل يتعلق بظروف الحياة الدنيا، وليس بأمور تتصل بالعقيدة ، فالقانون ٤٦٢ لسنة١٩٥٥ الغى السلطة القضائية للطوائف الدينية وتقديرتوافر سبب للتفسيخ من صميم العمل القضائى فى مسائل الاحوال الشخصية للكاثوليك» ص ٦٢٧ وأيا كانت وجاهة هذا الرأى فانه يؤدى الى نتيجة خطيرة وهى إقرارمبدأ الطلاق كقاعدة عامة بالنسبة للكاثوليك وليس كاستثناء يترك تقديرسببه للرئاسة الدينية وهى نتيجة مبالغ فيها حتى مع اقتناعنا بوجود بعض حالات للطلاق فى المذهب الكاثوليكى إذ أن هذه الحالات قد وضعت على سبيل الاستثناء من المبدأ العام وهو حظر الطلاق فى المذهب الكاثوليكى.

يعتبرهذه المسألة من المسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية إذ لاتخص هذه المسألة الديانة المسيحية بجميع مذاهبها بل المذهب الكاثوليكى فقط.

الفرع الثانى

المسألة الثانية

لايجوز تعدد الزوجات للزوج المسيحى

سبق ان اشرنا الى المبدأ الذى وضعته محكمة النقض فى هذا الشأن عندما تناولنا فكرة جوهر العقيدة المسيحية بصفة عامة ولاحاجة بنا لتكرار ماذكرته فى هذا الشأن مرة أخرى إلا أننا نضيف أن محكمة النقض قد استطردت فى حكمها السابق قائلة « لماكان ماتقدم وكان ما أوردته المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من انه "يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لايكون هناك اخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين وغيرمسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم " دليل غير داحض على ان المشرع انما قصد احترام كافة الشرائع عامة وخاصة، وان الاخلال بالقواعد الاساسية المتعلقة بصميم العقيدة وجوهر الديانة، لم يدربخلده وفيه مجاوزة لمراده ،يؤيد هذا النظر أن الشارع استبقى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تستلزم الدينونة بالطلاق لسماع الدعوى به من احد الزوجين غيرالمسلمين على الآخر، عانيا بذلك طائفة الكاثوليك التى تدين بعدم قابلية الزواج للانحلال، احتراما لمبدأ أصيل متعلق بجوهرالعقيدة الكاثوليكية بطوائفها المختلفة، أخذا بتخصيص القضاء ودفعا للحرج والمشقة، يظاهر هذا القول ان اباحة تعدد الزوجات فى الشريعة الاسلامية مقيد بعدم مجاوزة الزواج من أربع، ومشروط بالعدل بين الزوجات والقدرة على الانفاق، ولئن لم يكن هذان الشرطان من شروط الصحة فينعقد الزواج صحيحارغم تخلفهما ، الا ان الشخص يكون آثما يحاسبه الله سبحانه على الجور وعلى عدم القيام بتكاليف الزواج، فإن الخطاب فى هذا الشأن -كماهو ظاهر- موجه الى

المسلمين دون غيرهم، ويغلب فيه الجزاء الدينى، بحيث يستعصى القول بانسحاب هذه القاعدة الدينية البحتة على من لايدين اصلا بالعقيدة التى تستند اليها اباحة التعدد، ويكون اجازة تعدد الزيجات المتعاصرة للمسيحى حتى عند اختلاف الملة أو الطائفة بغيرسند، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر،وجعل عمدته فى قضائه اعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة فى غير حالات انطباقها ، واباح تعدد الزوجات للمسيحى رغم تنافره مع أصل اساسى من اصول عقيدته، فانه يكون مخالفا للقانون مما يستوجب نقضه» (١٠٤)

ويعلق بعض الفقه على حكم محكمة النقض ، مسايرا لها فى منطقها، قائلابأنها فسرت وجود المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية- والتى تشترط الدينونة بوقوع الطلاق بين غير المسلمين- بانها ترسى مبدأ ضرورة احترام قواعد الديانة المسيحية وعدم الأخذ باحكام الشريعة الاسلامية التى تتصادم باصول الديانة المسيحية، فالمادة ٧/٩٩- فى مفهوم محكمة النقض- هى تطبيق لمبدأ ضرورة عدم تطبيق احكام الشريعة الاسلامية فى علاقات غير المسلمين إذا هى تصادمت مع اصول الديانة المسيحية وهى ليست استثناء وانما تطبيق لمبدأ يجب تعميمه (١٠٥) ،كما يتناول ذات الفقه الحالة الواردة بالمادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية باعتبارها تطبيقا للمبدأ العام الذى ارسته محكمة النقض وهو «عدم تطبيق الشريعة الاسلامية إذا تصادمت مع اصول الديانة المسيحية»(١٠٦)

---

(١٠٤) نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة٤٨ق - مجموعة س ٣٠ ص ٢٧٦ وراجع فى ذات المعنى حكما احدث لها فى ٢٢ /١٩٨٦/٤ فى الطعن رقم٦٢ لسنة٥٤ق مجموعة س ٣٧ ص ٤٥٧.

(١٠٥) راجع حسام الاهوانى- السابق ص ٢٧٣ وقرب : عبد العزيزالمرسى- السابق ص ٢٥٣.

(١٠٦)راجع حسام الاهوانى- السابق ص ٢٣٥.

ويلاحظ على ماقررته محكمة النقض ومن سايرها من الفقه مايلي:

١- ان محكمة النقض قد استندت في وضع وتدعيم المبدأ العام سالف الذكر إلى وجود نص المادة ٧/٩٩، وفي مفهوم محكمة النقض ومن سايرها من الفقه ان نص المادة ٧/٩٩ هو تطبيق للمبدأ العام سالف الذكر، فكيف يقال مع ذلك ان نص الماة ٧/٩٩ تطبيق للمبدأ العام رغم ان المبدأ العام ذاته قد استند في وجوده لنص المادة ٧/٩٩، ان في ذلك مصادره واضحة على المطلوب. نضيف الى ذلك انه من المتصور القول بقياس حالة تعدد الزوجات - وهى حالة لم يرد بها نص- على حالة اشتراط الدينونة بالطلاق- وهى حالة منصوص عليها- الا ان الأمرلايجوز ان يصل إلى القول بان المادة ٧/٩٩ وهى نص تشريعي، ليست الا تطبيقا لمبدأ عام ارسته محكمة النقض والا كان ذلك قلبا للامور رأسا على عقب، فالمبدأ القضائي قد يتصور ان يكون تطبيقا لنص تشريعي ولكن لايتصور- في رأينا- ان يكون النص التشريعي تطبيقا لمبدأ عام ارساه القضاء خاصة وان المبدأ العام الذى وضعته محكمة النقض قد جاء لاحقا لوضع نص المادة ٧/٩٩بفترة طويلة.

٢- تقضى القاعدة الاصولية بان الاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع في تفسيره، وقد استقر قضاء محكمة النقض على ان « الشريعة الاسلامية هى - على ماجرى به قضاء هذه المحكمة- القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة» (١٠٧) وان « المستقر في قضاء هذه المحكمة ان الشريعة الاسلامية هى شريعة القانون العام، بمعنى انها تختص اصلا بحكم علاقات الاسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم، وان الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات» والعبارة الأخيرة واردة بذات الحكم الذى تنتقده.

---

(١٠٧) نقض ١٩٦٨/٢/١٤ في الطعن رقم٨ لسنة ٣٦ ق- مجموعة س ١٩ ص ٢٩٣.

ويستفاد مماتقدم ان تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين مختلفى الطائفة أوالملة هو قاعدة عامة وليس استثناء، ولذلك فان نص المادة ٧/٩٩ الخاص باشتراط الدينونة بوقوع الطلاق هو نص استثنائى من القاعدة العامة وهى تطبيق الشريعة الاسلامية فى حالة الاختلاف فى الملة أو الطائفة، ولذلك فلايجوز القياس على هذا النص أو التوسع فى تفسيره كمافعلت محكمة النقض وكما سايرها فى ذلك بعض الفقه.

٣- ان وجاهة وصحة الاعتبارات التى أوردتهامحكمة النقض عند وضعها للمبدأ سالف الذكر لاتنفى انها قد تجاوزت حدود سلطتها فى التحقق من تطبيق القانون تطبيقا صحيحا وانشأت قيدا عاما جديدا على تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لغير المسلمين مختلفى الملة أو الطائفة على نحو لاتحتمله نصوص القانون إذ لايندرج ماقامت به المحكمة تحت تفسير القانون على أى نحو و كان فى حاجة لتعديل تشريعى فى رأينا.(١٠٨)

ولايعنى ذلك اننا نؤيد تعدد الزوجات بالنسبة للزوج المسيحى، ففكرة جوهر العقيدة المسيحية تنطبق تماما على منع تعدد الزوجات إذأنها قاعدة اساسية من قواعد الديانة المسيحية كما ان جميع المذاهب المسيحية تتفق عليها، وكل مانقوله هنا ان التطبيق الصحيح لنص المادة ٦من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لايسمح بوجود مثل هذا الاستثناء الذى وضعته محكمة النقض وان تقرير هذا الاستثناء لايكون الا بنص تشريعى يقيد الاطلاق الوارد بنص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة١٩٥٥، وهكذا فإننا نخلص فى هذه المسألة

(١٠٨) وقد سبق لبعض الفقه قبل صدور حكم النقض الذى نعلق عليه بالمتن ان قرر« ولكن إذا تخلف أحد هذه الشروط، فان الشريعة المسيحية لاتطبق، بل تطبق الشريعة الاسلامية...... فمن الممكن ان يتزوج الرجل المسيحى بأكثر من إمرأة وتتعدد زوجاته فى الحدود المسموح بها فى الشريعة الاسلامية، إذا تزوج من غير ملته أو طائفته، ويعتبر الزواج الثانى صحيحا لأن الشريعة الواجبة التطبيق هى الشريعة الاسلامية، وكما يجوز للمسلم ان يتزوج من أكثر من إمرأة واحدة، يجوز للمسيحى بتطبيق الشريعة الاسلامية عليه ان يتزوج أكثر من واحدة» سمير تناغو -النظرية العامة للقانون ص ٢٨٩ ، ٢٩٠.

إلى أن منع تعدد الزوجات للزوج المسيحى هو من المسائل المتعلقة بجوهر العقيدة المسيحية ولذلك يستطيع المشرع ان يفرد نصا خاصا يمنع تعدد الزوجات للزوج المسيحى دون ان يكون مثل هذا النص مخالفا للدستور بحجة اخلاله بمبدأ المساواة بين المواطنين وذلك سيرا مع المبدأ الذى وضعته المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن.

الفرع الثالث
المسألة الثالثة
الشكل الدينى للزواج

لايكفى لقيام الزواج فى الشريعة المسيحية مجرد التراضى وعدم وجود مانع من الزواج ولكن لابد ايضا من توافر شرط شكلى لانعقاد الزواج وهو الشكل الدينى، فإذا لم يتحقق الشكل الدينى للزواج فانه يكون باطلا بلا خلاف بين جميع الطوائف المسيحية « وتتمثل الشكلية بصفة عامة فى ان يتم الرضا على يد أحد رجال الدين الذى يقوم بالصلاة والتبريك والتكليل وفقا للطقوس الدينية المرسومة هذا الصدد، وان يتم ذلك امام الشهود حتى تتوافر العلانية اللازمة » (١٠٩) على ان يسبق ذلك بعض

---

(١٠٩) توفيق فرج-السابق ص ٦١٠، ويستثنى من ذلك حالتين نصت عليهما الارادة الرسولية للكاثوليك وهما:

١- الزواج سرا: ويعد ذلك استثناء من قواعد الشكل الدينى الذى تعد العلانية جزءا منه وقد اجازته المادة ٩٣ من الارادة الرسولية «لسبب جسيم ومحرج للغاية» وبإذن من الرئيس الكنسى، ويتم الزواج بحضور الكاهن والشهود، ويلتزم كل من الرئيس الكنسى والكاهن والشهود والزوجين بكتمان هذا السر (م٩٤)، الا أنه يجوز افشاء السر فى الحالات التى بينتها المادة ٩٥ وذلك إذا كان فى حفظ السر اخلال بقداسة الزواج أو إذا أهمل الوالدان تعميد الابناء الناشئين عن هذا الزواج أو إذا اهملا تربية الأولاد تربية مسيحية.

٢- الزواج بدون حضور رجل الدين: وقد نصت على ذلك المادة ٧٩ وذلك إذا ما حالت مشقة جسيمة دون حضور رجل الدين فى حالة خطر الموت أو استمرار هذه المشقة التى تمنعه من الحضور لمدة يتوقع الا تقل عن شهر ولكن لابد فى أى حال من حضور الشهود، مع مراعاة تدوين الزواج فى السجلات بعد ذلك فى أول فرصة وفقا للمادة ٩٣ بند ٣.

الاجراءات وهى شهر مشروع الزواج أو شهر الخطبة والاذن بالزواج (١١٠)

ولذلك فقد نصت المادة ١٥ من مجموعة ١٩٣٨ على ان « الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية »، كما نصت المادة ٨٥ بند ١ من الارادة الرسولية على أنه «لايصح زواج الا إذا عقد برتبة دينية امام الخورى أو الرئيس الكنسى المحلى أو كاهن أذن له أحدهما بحضور الزواج وامام شاهدين على الأقل» ونصت المادة ١٢ من قانون الانجليين على أنه «لايعقد إكليل الزواج الا القسس المرسومون قانونا أو مرشدو الكنائس الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس العمومى الرخصة بذلك».

وقد استقر قضاء محكمة النقض على ضرورة توافر الشكل الدينى للزواج المسيحى والا كان باطلا« ذلك ان النص فى المادة ١٥ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ على أن الزواج سرمقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطاعلنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصد تكوين أسرة جديدةوالتعاون على شئون الحياة يدل على ان الزواج فى شريعة الاقباط الأرثوذكس نظام دينى لايكفى لانعقاده توافرالشروط الموضوعية من حيث الأهلية والرضا وانتفاء الموانع، وانمايلزم ان يتم الزواج علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الاكليل اعتبارا بأن الصلاة هى التى تحل النساء للرجال والرجال للنساء والا كان الزواج باطلا » (١١١)، واقرت محكمة النقض ذات المبدأ بالنسبة للروم الأرثوذكس واضافت ان ذلك الأمرينطبق على جميع الطوائف المسيحية فقررت «...... وانما يلزم إلى جانب ذلك ان يتم الزواج علنا وفقا

(١١٠) راجع حسام الاهوانى - السابق ص ٤٥٠، ٤٥١، وقد نصت المادة ٣٢ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه « قبل مباشرة عقد الزواج يستصدر الكاهن ترخيصا باتمام العقد من الرئيس الدينى المختص بعد تقديم محضر الخطبة إليه » وتشير إلى الاذن ايضا المادة ٨٥ بند ١ من الارادة الرسولية.

(١١١) نقض ١٩٧٦/١١/١٧ فى الطعن رقم٢٤ لسنة ٤٥ ق مجموعة س ٢٧ ص ١٦١٢.

للطقوس الدينية المرسومة ، والا كان الزواج باطلا مثلها فى ذلك مثل سائر الشرائع المسيحية فى مصر » (١١٢)

ولاجدال فى ان الزواج المسيحى يكون باطلا اذا تخلف الشكل الدينى وكان الطرفان متحدين فى الملة والطائفة إذ أن الشريعة المسيحية - ايا كانت الطائفة- هى التى تحكم النزاع، اما اذا اختلف الطرفان فى الملة أو الطائفة فقد ذهب رأى فى الفقه عند مناقشته لمسألة زواج المطلق فى حالة عدم اعتراف الكنيسة القبطية الارثوذكسية بالطلاق ومايصاحب ذلك من امتناع الكنيسة القبطية الارثوذكسية عن ابرام الزواج الثانى فى حالة رغبة المطلق فى الزواج من امرأة متحدة معه فى الطائفة، إلى انه «لايكون امام من يرغب فى الزواج بعد حصوله على التطليق الا أن يتزوج بأخرى مختلفة معه فى الملة أو الطائفة حيث تسرى أحكام الشريعة الاسلامية ويختص بالتوثيق جهة الشهرالعقارى » (١١٣) « فمتى اختلف الاطراف فى الطائفة أصبحت الشريعة الاسلامية القاعدة القانونية التى تحكم علاقات أحوالهم الشخصية، وعلى هذا يجب ان يتم الزواج طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية،فيجب على الموثق ان يتأكد من توافرشروط الزواج طبقا للشريعة الغراء ، على ان ذلك لايمنع الاطراف من اتمام زواج دينى امام الكنيسة ان أمكن لهم ذلك، ولكن الشريعة الاسلامية هى التى تحكم العلاقة منذ البداية حتى النهاية»(١١٤)، ووفقالهذا الرأى يكون الزواج بين المسيحيين مختلفى الملة أو الطائفة صحيحا اذا تخلف الشكل الدينى طالما توافرت شروط انعقاده وفقا للشريعة الاسلامية.

الا ان محكمة النقض قد عادت الى تطبيق المبدأ العام الذى وضعته

---

(١١٢) نقض ١٩٧٢/١١/١٥ فى الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٨ ق مجموعة س ٢٣ ص ١٢٤٢.

(١١٣) حسام الاهوانى -السابق ص٥٧٨.

(١١٤) حسام الاهوانى - الطبيعة القانونية للقرارات البابوية -الجزء الأول ص ٥٨.

وهوعدم جواز تطبيق الشريعة الاسلامية إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية وذلك فيما يتعلق بالشكل الدينى للزواج فى حكم حديث لها(١١٥) وخلاصة الدعوى التى صدر فيه هذا الحكم هى ان شقيقة المتوفاة كانت تستهدف اثبات ان زواج شقيقتها من زوجها الذى كان مختلفا معها فى الطائفة لم يكن صحيحا طبقا للشريعة الاسلامية وذلك رغبة منها فى حرمانه من الإرث لعدم صحة زواجه من شقيقتها، وقد قررت محكمة النقض« حيث ان الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول انه يلزم تحقق العلانية حتى يعتبر عقد الزواج صحيحا شرعا طبقاللراجح فى المذهب الحنفى الذى يحكم واقعة زواج المطعون ضده بشقيقتها المتوفاة بحسبانهما مختلفى الطائفة، وكان هذا العقد لم يشهد عليه سوى امرأة واحدة، فانه يكون غير مستوف لشروط صحته ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وطبق أحكام الشريعة الخاصة فى هذا الشأن فانه يكون معيبا بمايستوجب نقضه، وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك انه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان مفاد المادتين ٦ ، ٧ من القانون رقم٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن الغاء المحاكم الشرعية والملية والمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية ان أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة ، وان المقصود بالخضوع للشريعة الاسلامية ان تكون أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم دون أحكام الشريعة الخاصة هى الواجبة التطبيق ، الا أنه لامحل لإعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة فيما يتعلق بطبيعة زواج المسيحى التى تختلف عن زواج المسلم، إذا تصادمت مع احدى المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة الدينية والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا عن ديانته وانحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته طالما لاتنطوى مبادى الشريعة الخاصة على مايتجافى وقواعد النظام العام فى مصر، وتعتبر من الأصول الأساسية فى الديانة المسيحية خاصة الأرثوذكس اعتبار الزواج من المقدسات

---

(١١٥) نقض ١٩٩٦/١/٨ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ ق-لم ينشربعد.

وانه سر من اسرار الكنيسة ، ومفاد نص المادة ١٥ من مجموعة الاقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ والمادة الأولى من لائحة الزواج والطلاق الخاصة بالروم الأرثوذكس الصادرة فى ١٩٣٧/٣/١٥ والمعدلة فى فبراير ١٩٤٠ - وهما الطائفتان اللتان ينتمى اليهماكل من المورثة وزوجها المطعون ضده- ان الزواج لدى الطائفتين المذكورتين نظام دينى يجب ان يتم علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الاكليل باعتبار ان الصلاة هى التى تحل كلا من الزوجين للآخر والا كان الزواج باطلا كشأن سائر الشرائع المسيحية فى مصر، وتوثيقه على يد الموثق المختص طبقا للقانون رقم ٦٢٩ لسنة١٩٥٥ ليس شرطا لازما لصحة العقد وانما من قبيل اعداد الدليل لاثباته ، لماكان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان عقد زواج المطعون ضده بزوجته قد تم بكنيسة الروم الأرثوذكس على يد كاهن تلك الكنيسة، وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بهذا الزواج، فانه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

ويستفاد من حكم النقض السابق انه لايجوز تطبيق الشريعة الاسلامية فيما يخص الشكل الدينى للزواج فى الشريعة المسيحية حتى ولو اختلف الزوجان ملة أو طائفة ، ويترتب على ذلك نتيجتين هامتين:

الأولى: *ان الزواج بين المسيحيين يكون باطلا إذا تخلف الشكل الدينى حتى ولوكان الطرفان مختلفين فى الملة أو الطائفة حتى ولو توافرت كافة الشروط التى تتطلبها الشريعة الاسلامية لصحة الزواج، رغم ان الشريعة الاسلامية هى التى تطبق على المنازعة فى هذه الحالة.*

الثانية : *ان توافرالشكل الدينى الذى تقتضيه الشريعة المسيحية يغنى عن تطبيق القواعد المتعلقة بشهادة الشهود فى الشريعة الاسلامية فيكون الزواج المسيحى صحيحا إذا توافر الشكل المذكور حتى ولو لم تتوافربعض الشروط المتعلقة بصحة الشهادة على الزواج فى الشريعة الاسلامية وحتى ولو كانت الشريعة الاسلامية واجبة التطبيق على النزاع بسبب اختلاف الطرفين فى الملة أو الطائفة.*

ورغم اننا نؤيد محكمة النقض فيما ذهبت إليه من اعتبار الشكل الدينى متعلقا بجوهرالعقيدة المسيحية الا اننا نكرر ماسبق ان قلناه بشأن مسألة تعدد الزوجات للزوج المسيحى، إذ ان التطبيق الصحيح لنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لايسمح بوجود مثل هذا الاستثناء الذى وضعته محكمة النقض ومؤداه عدم تطبيق الشريعة الاسلامية على المسيحيين مختلفى الملة أوالطائفة فيما يخص الشكل الدينى للزواج ، إذ أن تقريرمثل هذا الاستثناء لايكون الا بنص تشريعى يقيد الاطلاق الوارد بنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

أما بالنسبة لمسألة توحيد وتعدد القواعد القانونية وفقا لمذهب المحكمة الدستورية العليا فإن الشكل الدينى للزواج يعد متعلقا بجوهر العقيدة المسيحية إذ أنه يمثل قاعدة اساسية من قواعد الديانة المسيحية تتفق بشأنها جميع المذاهب والطوائف المسيحية ولذلك فإن المشرع يستطيع ان يفرد نصا خاصا يشترط فيه توافرالشكل الدينى لصحة الزواج المسيحى دون ان يشكل هذا النص مخالفة لنص الدستور الذى يقرر المساواة بين جميع المواطنين.

الفرع الرابع
المسألة الرابعة
لاطلاق بالارادة فى الشريعة المسيحية

« يعبر بالطلاق عن حق انهاء الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة دون تدخل من المحكمة . وهذا هو المعنى الذى يعطى فى الشريعة الاسلامية للفظ الطلاق . ولكن الشريعة المسيحية لاتعرف الطلاق على هذا المعنى، فلايصح لأحد الزوجين ان ينهى العلاقة الزوجية بارادته المنفردة،ومن جهة أخرى، فان هذه الشريعة لاتجيز للطرفين الاتفاق على انهاء الرابطة الزوجية، اى لاتجيز انهاء الرابطة بالتراضى بين الطرفين، ***وهذا أمر لاخلاف فيه بين***

الطوائف المسيحية، وانما يتعين دائما تدخل السلطة القضائية حتى ولو وجد سبب من اسباب التطليق التى تقرها الكنائس المختلفة. فلايكفى ان يرى الطرفان ان سبب الطلاق قد توافر، ويتفقان تبعا لذلك على انهاء الرابطة الزوجية بينهما وانما يتعين حتى فى هذه الحالة الالتجاء الى القضاء لكى يقرر ماإذا كان السبب متوافرا أم غيرمتوافر، إذ لو ابيح للطرفين الاتفاق على التطليق لسهل عليهما الأمر فى الادعاء بأى سبب صورى لكى يتوصلا بذلك الى انهاء الزواج ، وقد لايكون هناك سبب فى حقيقة الواقع. وقد جاءت هذه القاعدة منذ وقت مبكر فى تاريخ القانون الكنسى، فحينما اباح رجال الكنيسة انحلال الزواج استلزموا ان يتم ذلك على يد السلطة الكنسية وبحكم يصدر منها » [(١١٦)]، ولاتثور أية مشكلة فى هذا الشأن إذا اتحد الزوجان فى الملة والطائفة حيث لاتوجد أى شريعة من الشرائع الطائفية المسيحية تجيز الطلاق بالارادة المنفردة للزوج أو بالاتفاق بين الزوجين وانما يتعين لوقوع الطلاق ان يصدر به حكم من المحكمة، الاأن الأمر يصبح أكثر صعوبة إذا اختلف الزوجان المسيحيان فى الملة أو الطائفة وأصبحت الشريعة الاسلامية واجبة التطبيق على المنازعة، فهل يجوز هنا ان يطلق الزوج زوجته بارادته المنفردة تطبيقا لاحكام الشريعة الاسلامية؟

الإجابة التى تتبادرالى الذهن لأول وهلة تطبيقا لصحيح القانون هى انه طالما طبقت الشريعة الاسلامية على النزاع فان الزوج غيرالمسلم يتمتع بحقوق الزوج المسلم فيجوز له ايقاع الطلاق بارادته المنفردة وهو ما استقر

---

(١١٦)توفيق فرج –السابق ص ٨٠٩، ٨١٠، وراجع تفصيلا فى أن « المسيحية لاتعرف الا انحلال الزواج بالتطليق »- ايهاب اسماعيل- رسالة- ص ٩٢ ومابعدها وراجع ايضا
Dauvillier et De Clercq. op.cit.p.90. “Le concile In Trullo (691) s’est abstenu, à dessin,d’etudier à fond la question du divorce, il se borne à affirmer que l’homme ne peut abandonner sa femme: une sentence judiciaire est nécessaire pour opèrer la rupture du lien”
وتشير بهذه المناسبة ان المجمع المعروف بمجمع القبة In Trullo المشار اليه هو ذاته مجمع القسطنطينية الثانى- راجع –ايهاب اسماعيل –رسالة ص ٩٨.

عليه قضاء محكمة النقض لأن « الشريعة الاسلامية تبيح للزوج ان يطلق زوجته بالارادة المنفردة، وهي- على ماجرى به قضاء هذه المحكمة- القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المختلفي الطائفة أو الملة وتصدر الأحكام فيها طبقا لماهو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » (١١٧) ويترتب على ذلك انه إذا رفعت دعوى باثبات هذا الطلاق الذي وقع بالارادة المنفردة فإن الطلاق يعتبر واقعا من وقت صدوره من الزوج وليس من وقت النطق بالحكم «فالحكم ليس منشئا هنا لحالة وانما كاشف عنها فيستند الطلاق إلى تاريخ ايقاعه لا إلى تاريخ الحكم » (١١٨)

وقد انتقد جانب من الفقه المبدأ الذي وضعته محكمة النقض في هذا الشأن ونوجز هذا النقد في أنه يصعب من الناحية القانونية القول بأن المسيحي يجوز له ان يطلق زوجته بالارادة المنفردة، وقد يترتب على الأخذ بذلك نتيجة خطيرة وهي ان الزوج قد يخطئ ويعتقد ان له الحق في ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة ثم يحكم القضاء بعد ذلك بان الطلاق غير صحيح فاذا كان الزوج المسيحي قد تزوج فإن زواجه الثاني يكون باطلا ، كمايفتح هذا الحل الباب للتحايل حيث يسمح للزوجين المسيحيين بالطلاق بالاتفاق وذلك بان يغيراحدهما طائفته فيستطيع الزوج ايقاع الطلاق بارادته

---

(١١٧) نقض ١٩٦٨/٢/١٤ في الطعن رقم٨ لسنة٣٦ ق مجموعة س ١٩ ص ٢٩٣ وفي ذات المعنى نقض ١٩٦٦/٣/٣٠ في الطعن رقم٢٩ لسنة٣٤ق - مجموعة س ١٧ ص ٧٩٢، نقض ٦٨/١/٣١ في الطعن رقم٢ لسنة ٣٧ ق مجموعة س ١٩ ص ١٧٩، نقض ١٩٧٢/١٢/٢٠ في الطعن رقم ١٦ لسنة ٤١ق مجموعة س ٢٣ ص ١٤٤٢. كماقررت محكمة النقض صراحة ان « للزوج المسيحي اسوة بالزوج المسلم الحق في ايقاع الطلاق بارادته المنفردة، إذا كانت الشريعة الاسلامية تحكم العلاقة بينهما تبعا لعدم توافرشروط انطباق الشرائع الطائفية » نقض ١٩٧٩/١/١٧ في الطعنين رقمي ٢٦/١٦ لسنة٤٨ ق مجموعة س ٣٠ ص ٢٧٦.

(١١٨) ايهاب اسماعيل- أصول الأحوال الشخصية ص ٢٧٨.

المنفردة[١١٩].

وقد استند بعض الفقه الذى خالف رأى محكمة النقض إلى نص المادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والتى تنص على أنه « أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام- طبقالشريعتهم »، فالخطاب فى هذه الفقرة وبالذات من حيث تطبيق الشريعة الاسلامية، موجه للقاضى وليس للفرد، فعبارة تصدرالأحكام قاطعة فى هذا المعنى والمشرع لم يشترطهاعبثا، والا لكان من السهل عليه ان يقول مثلا... تنظم مسائل الأحوال الشخصية وفق الشريعة الاسلامية ، ومن ثم يبدو الفارق الجوهرى بين تطبيق الشريعة الاسلامية والشريعة الخاصة على غيرالمسلمين، فالشريعة الخاصة- وهى الشريعة الأصل بالنسبة لغير المسلمين-يمكن ان تطبق تطبيقا فرديا، ولمن لايرتضى هذا التطبيق ان يلجأ الى القاضى ، أما تطبيق الشريعة الاسلامية- وهى استثناء بالنسبة لغيرالمسلمين-فلا يمكن ان يكون تطبيقها الا على يد القاضى، كما ان تطبيق الشريعة الاسلامية على غيرالمسلمين -فوق انه استثناء- منوط بقيام عوامل قانونية لايقدر الفرد العادى، ولايملك ان يقرر توافرها أو تخلفها فهذا التقرير يقتضى البحث فى أمرتوافر الاختلاف فى الملة أو الطائفة ، والبحث فى أمرالأدلة التى يستند اليها كل شخص فى الانضمام إلى ملة معينة، وتحديد الوقت الذى يعتبر فيه الشخص قد انضم، ويقتضى الأمر ايضا البحث عما إذا قام تعارض بين حكم الشريعة الخاصة وحكم الشريعة الاسلامية، ومعلوم ان تحديد النظام العام ممايدخل فى تقدير القاضى ولايدخل فى تقديرالفرد العادى. [١٢٠]

---

(١١٩) راجع فى الانتقادات التى وجهت لحكم محكمة النقض - حسام الاهوانى -شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصرين ص ٢٥٣.

(١٢٠) احمد سلامة- مسائل فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين -العلوم القانونية والاقتصادية-س ١٠ -العدد الأول ص ١١٥ ومابعدها.

إلا ان هذا الرأى منتقد لمايلى:

١-انه يستند لحجة لفظية هى عبارة «تصدرالأحكام» ومن الممكن الرد على هذه الحجة اللفظية بسهولة بالقول بان مدلولها ينصرف الى الحالات التى يلجأ فيها اطراف المنازعة الى القضاء دون الحالات التى يطبق فيها الأفراد القانون من تلقاء انفسهم دون اللجوء للقضاء.

٢- وعلى فرض التسليم بالحجة اللفظية المذكورة، فلماذايقيم الرأى هذه التفرقة بين أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام الشريعة الخاصة رغم ان كل منهما تطبق على غيرالمسلمين، ورغم ان عبارة« تصدر الأحكام » قد وردت ايضا بشأن تطبيق الشريعة الخاصة وليس بشأن تطبيق الشريعة الاسلامية فقط.

٣- يخالف هذا الرأى ما استقر عليه فقه القانون من أن تطبيق القانون قد يتم عن طريق الأفراد باختيارهم، وقد يتم على يد القضاء فى حالة المنازعة فى تطبيقه، فلماذا يخص هذه الحالة بالذات بأنهايجب الا تطبق الا عن طريق القضاء؟

٤- يؤدى الأخذ بمنطق الرأى المذكور ان الشخص الذى لديه دراية كافية بالقانون ومسائل الأحوال الشخصية -مستشارأو محام مثلا- يستطيع ان يوقع الطلاق بارادته المنفردة لانه لن يكون من الصعب عليه ان يدرك مضمون القانون فى هذا الشأن، أما الشخص الذى ليست له دراية بالقانون فلن يتمكن من ذلك، وهى نتيجة لايمكن التسليم بها، إذ لا يجب ان يختلف تطبيق القانون باختلاف الشخص الذى يطبق عليه (١٢١)

كما استند رأى آخر يخالف رأى محكمة النقض إلى أن ايقاع الطلاق

---

(١٢١) راجع حسام الاهوانى- السابق ص ٢٥٦ ومابعدها.

بالارادة المنفردة لايتصور من المسيحى لاتصاله بالعقيدة الدينية فيقرر ان «يمين الطلاق عند المسلمين أمريتعلق بالعقيدة الدينية ، فهو يعتقد ان تلك اليمين توجب الفرقة وتنهى الملك ، فالجزاء الدينى هنايختلط ويمتزج بالجزاء القانونى كما هو الشأن فى جميع التشريعات ذات الأصل السماوى وعلى ذلك فيصعب ان تنسحب تلك القاعدة القانونية الدينية على أشخاص لايدينون أصلا بالعقيدة التى تستند اليها تلك القاعدة...» ولأن « شرط امكان وقوع الطلاق بيمين الزوج هو ان يكون الزوج مسلمامن أهل التكليف والتكليف يقتضى الاسلام والبلوغ والعقل » (١٢٢)

ولايخلو المبرر الأخيرمن نقد ايضا إذ ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا حول ما إذا كان الزواج- ومن ثم انقضائه بالطلاق- يعد من قبيل العبادات أم المعاملات ، فليس من المقطوع به أن الزواج يعتبرمن العبادات بحيث لايمكن القول بان يمين الطلاق لايملك ايقاعه الا المسلم (١٢٣)

وقد ذهب رأى آخر إلى حل وسط ، ففرق بين حالة قيام نزاع حول الشريعة واجبة التطبيق وحالة عدم قيام مثل هذا النزاع، فإذا كان تطبيق الشريعة الاسلامية أمرا واضحا لاخلاف فيه نظرا لوضوح تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة، فهنا يجوز للزوج ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ويقع الطلاق من وقت صدوره، اماإذاكان هناك نزاع حول الشريعة واجبة التطبيق، فلايجوز ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة، وإذا حدث فلا يعتد به ، فالحكم هنا منشئ لامقرر وهوالذى يعطى الزوج غير المسلم حقوق الزوج المسلم(١٢٤)

إلا أنه يؤخذ على الرأى السابق أنه لايوجد مايمنع من منازعة أحد

---

(١٢٢) جمال مرسى بدر - فى تعليقه على حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية -مجلة الحقوق السنة السادسة (١٩٥٥- ١٩٥٦) العددان الثالث والرابع ص ٢٠٧ ومابعدها وبصفة خاصة ص ٢١٧.

(١٢٣) راجع - حسام الاهوانى -السابق ص ٢٦٠.

(١٢٤) توفيق فرج -السابق ص ٣٢١ ومابعدها.

الأطراف فى الشريعة واجبة التطبيق رغم وضوح الحل القانونى بشأنها. كما يؤخذ عليه ايضا ان الحل القانونى للمسألة لايجب ان يختلف وفقا لما إذا كانت المسألة متنازعا فيهاأم لا، فإذا جاز للزوج المسيحى الطلاق بالارادة المنفردة فإنه لاينبغى تعليق ذلك على وجود نزاع أو عدم وجود نزاع فى الشريعة واجبة التطبيق (١٢٥).

وفى حقيقة الأمر فان الفقه المخالف لرأى محكمة النقض له عذره فى ان جميع الطوائف المسيحية لاتعرف الطلاق بالارادة المنفردة وهو مايجعل هذه المسألة متعلقة بجوهر العقيدة المسيحية وقد حاولت محكمة النقض نفى ان تكون مسألة عدم جواز الطلاق بالارادة المنفردة متعلقة بجوهر العقيدة المسيحية وذلك لكى تزيل التناقض بين اجازتها لطلاق المسيحى بالارادة المنفردة ومنعها لتعدد الزوجات بالنسبة له ايضا رغم ان الشريعة الاسلامية هى التى تحكم النزاع فى الحالتين إذا اختلف الزوجان فى الملة أو الطائفة فقررت أنه «لا يقدح فى ذلك ان للزوج المسيحى أسوة بالزوج المسلم الحق فى ايقاع الطلاق بارادته المنفردة، إذا كانت الشريعة الاسلامية تحكم العلاقة بينهما تبعا لعدم توافر شروط انطباق الشرائع الطائفية، ورغم ان قواعد الشرائع الطائفية المطبقة حاليا لاتعرف الطلاق بمشيئة الزوجين أو احدهما ، اعتبارا بانه لايجوز ان يترك للارادة حل عقدة الزواج لما فيه من تحكيم اهواء النفس البشرية فيما لايجوز فيه سيطرة الهوى النفسى والضعف الانسانى، لأن الثابت ان الشريعتين اللتين كانتا سائدتين عند ظهور الديانة المسيحية -وهما الشريعة اليهودية والقانون الرومانى- كانتا تبيحان تراضى الزوجين على انهاء العلاقة الزوجية، وتقر حق الزوج فى الطلاق بمحض ارادته ، وظلت مبادئ هاتين الشريعتين فى هذه المسألة هى السارية مع انتشار المسيحية يساندها استعمال الكتاب المقدس للفظ الطلاق لا التطليق فى انجيل متى، وتحدثه عن حل وثاق الزوجية حال الزنا، ولم تتم الغلبة لحظر الطلاق بالارادة المنفردة الا بعد تسعة قرون فى مجمع القسطنطينية المنعقد سنة ٩٢٠ الميلادية حين بدأت الكنيسة تزاول

(١٢٥) راجع فى هذا النقد - حسام الاهوانى -السابق ص ٢٦٢.

اختصاصا قضائيا بتصريح ضمنى من الاباطرة رغم عدم وجود قانون يقضى بذلك، فهو أقرب إلى تنظيم الطلاق وتقييده والحد منه الى الغائه ومنعه . وإذا كانت مختلف الشرائع المسيحية-فيما عدا شريعة واحدة لها وضع خاص على ماسيتلو-تبيح التطليق على تفاوت فى أسبابه بين توسعة وتضييق، وكانت مسألة تطبيق الشريعة العامة لاتثور الا عند اختلاف الزوجين طائفة أو ملة، فان اللجوء إلى الأحكام الموضوعية للشريعة الاسلامية باباحة التطليق بالارادة المنفردة يبدو لازما تبعا لعدم اتاحة مجال للخيرة بين الأحكام الموضوعية لأى من الشرائع الطائفية، وهى ذات العلة التى كانت تواجه القضاء الملى قبل الغائه، فكان يرفض الفصل فى النزاع بين مختلفى الملة لعدم وجود قاعدة موحدة لغيرالمسلمين، هذا بالاضافة إلى أنه طالما ترفع الدعوى بطلب اثبات الطلاق الواقع بالارادة المنفردة، ويعرض هذا النزاع على القضاء ليقول قالته فى الشريعة التى تحكمه، فان ثبت له توفر شرائط انطباق الشريعة الطائفية لم يقع الطلاق صحيحا، وان استبان تخلف الشروط وخضوع المنازعة لأحكام الشريعة الاسلامية أقر وقوع الطلاق، فان هناك توافقا فى النتيجة رغم تغاير الوسيلة، ومن ثم فلا يمكن قياس هذه المسألة على حالة تعدد الزوجات» (١٢٦) ولكننا لانتفق مع محكمة النقض فى هذا التبرير الذى ساقته للمغايرة فى الحكم بين حالتى الطلاق بالارادة المنفردة وتعدد الزوجات وذلك لمايلى:

١- استندت محكمة النقض إلى أن الطلاق بالارادة المنفردة ظل سائدا رغم ظهور الديانة المسيحية ولم يستقر الأمر على حظره الا فى وقت متأخر، والواقع ان هذه الحجة ليست منتجة فى هذا الشأن لأن الأمر فى بداية ظهورالمسيحية لم يكن بيد الكنيسة بل بيد الأباطرة الرومان ، فلقد رفضت الكنيسة فكرة الطلاق الارادى ودافعت عن نظام التطليق من البداية، على الرغم من سريان نظم القانون الرومانى الذى كان يقر الطلاق الارادى . ولم

(١٢٦) نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة٤٨ ق - مجموعة س ٣٠ ص ٢٧٦.

تكن الكنيسة قادرة فى بداية عهدها على بسط فكرتها التى تنادى بها ، حتى هيأ اعتناق الاباطرة الرومانيين للدين المسيحى الفرصة لتؤثر تعاليم المسيحية فى نظام الطلاق الرومانى وظلت الكنيسة تصارع فى هذا الشأن حتى إستطاعت القضاء على فكرة اجازة الطلاق بالارادة المنفردة أو بالاتفاق فى مجمع القبة (القسطنطينية الثانى)سنة٦٩١ ومجمع القسطنطينية سنة ٩٢٠. (١٢٧)

ولذلك فان عدم الأخذ بهذا المبدأ فى بداية المسيحية لم يكن راجعا لأسباب متعلقة بالعقيدة المسيحية بل لأن الكنيسة لم تكن بالقوة التى تؤهلها لفرض العمل به.

٢- ان محكمة النقض قد اسرفت إلى حد بعيد فى المساواة بين الطلاق بحكم المحكمة والطلاق بالارادة المنفردة فقالت ان« هناك توافقا فى النتيجة رغم تغاير الوسيلة»، والحقيقة غير ذلك، فحينما ترفع دعوى باثبات الطلاق بالارادة المنفردة- وهو المثال الذى ذكرته محكمة النقض- فإن الأمر لايكون مماثلا لحالة التطليق بحكم المحكمة ، ففى الحالة الأولى لايكون للمحكمة من سلطة سوى التحقق من وجوب تطبيق الشريعة الاسلامية على المنازعة، فإذا تبين لها ذلك فانها تحكم بثبوت الطلاق من تاريخ ايقاعه من الزوج ولايكون لهاأى سلطة تقديرية فى الحكم بعدم وقوع الطلاق إذا ثبت لها فعلا ان الزوج قد طلق زوجته بارادته المنفردة، أما فى الحالة الثانية -حالة دعوى التطليق التى ترفع استنادا للشريعة الخاصة- فإن المحكمة تكون لها سلطة التحقق من وجود حالة من الحالات أو سبب من الأسباب التى إذا توافرت يجوز الحكم بالتطليق، فاإذا لم تتوافر حالة من هذه الحالات فانها ترفض الدعوى، وعلى فرض انها حكمت بالتطليق فان حكمها هذا يكون منشئا للطلاق لاكاشفا له فتنفصم علاقة الزوجية من وقت صدورالحكم بعكس الحال فى حالة الحكم بثبوت الطلاق الصادر بالارادة المنفردة حيث يستند الطلاق إلى وقت صدوره من الزوج وليس لوقت صدور الحكم باثبات الطلاق.

---

(١٢٧) راجع تفصيلا فى هذا التطور ايهاب اساعيل - رسالة ص ٩٤ ومابعدها

وكان يكفى لكى تتوصل محكمة النقض إلى النتيجة التى تريدها ان تستند إلى الاطلاق الوارد بنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والتى توجب تطبيق الشريعة الاسلامية فى حالة اختلاف الزوجين فى الملة أو الطائفة دون حاجة للقول بان طلاق المسيحى بالارادة المنفردة لايتصادم مع جوهرالعقيدة المسيحية، ولكننا نؤيد محكمة النقض فى النتيجة التى انتهت إليها وهى أنه يجوز للزوج المسيحى فى حالة اختلاف الملة أو الطائفة ان يطلق زوجته بالارادة المنفردة اعمالا للاطلاق الوارد بنص المادة ٦ المذكورة والذى لايجوز تقييده الا بنص تشريعى على غرار نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومع التحفظ باننا نرى ان مبدأ عدم جواز ايقاع المسيحى للطلاق بارادته المنفردة هو من المبادئ المتعلقة بجوهرالعقيدة المسيحية إذ انه من القواعد الاساسية للعقيدة المسيحية والتى تتفق عليها جميع المذاهب المسيحية وإن كان تقريرمثل هذا الحكم يحتاج إلى تعديل تشريعى يقيد الاطلاق الوارد بنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

أما فيما يتعلق بمسألة توحيد وتعدد القواعد القانونية وفقا للضابط الذى وضعته المحكمة الدستورية العليا، فاننا نرى ان قاعدة عدم اجازة الطلاق بالارادة المنفردة (وكذلك باتفاق الزوجين) تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية ولذلك فان المشرع يستطيع ان يفرد لهذه القاعدة نصا خاصا يقررها دون أن يشكل هذا النص مخالفة للدستور بحجة اخلاله بمبدأ المساواة بين جميع المواطنين.

الفرع الخامس
المسألة الخامسة
لاطلاق الا لعلة الزنا

يشترط لتطبيق الشريعة الخاصة اتحاد الزوجين فى الملة والطائفة والا طبقت الشريعة الاسلامية، ويبدو ان تغيير الطائفة قد أصبح وسيلة شائعة لكى يتمكن الزوج المسيحى من طلاق زوجته بارادته المنفردة، ونلاحظ ايضا ان قضاء محكمة النقض قد استقر على تطبيق نصوص مجموعة ١٩٣٨ والتى تجيز التطليق لأسباب عديدة، ولذلك فقد أصدر البابا قراره المشهور رقم ٧ بتاريخ ١٩٧١/١١/١٨ بعدم اعتراف الكنيسة بكل طلاق يحدث لغير علة الزنا وان الكنيسة تعتبر ان الزواج الذى حاول هذا الطلاق ان يفصمه مازال قائما، وتنفيذا لهذا القرار اصدرت الكنيسة القبطية الارثوذكسية تعليماتها إلى الكهنة بعدم السماح باتمام عقد خطبة المطلقين أو المطلقات سواء من حصلوا أو لم يحصلوا على موافقة البطريركية الا بعد عرض الأمر على قداسة البابا المعظم والحصول على الموافقة باتمام هذه الخطبة(١٢٨) وقد أصر البابا على موقفه فى هذا الشأن فى المذكرة المقدمة منه للمحكمة الدستورية العليا فى القضية التى نتناولها حيث أشار فيها إلى «ان نصوصا قاطعة الثبوت والدلالة تحكم الأقباط الأرثوذكس فى مسائل أحوالهم الشخصية، من بينها شريعة الزوجة الواحدة. ***ولاطلاق الا لعلة الزنا***، وتلك مسائل حسمتها آيات ثابتة فى الانجيل المقدس».

ويلاحظ رغم ماسبق ان أحكام محكمة النقض قد اطردت على تطبيق

---

(١٢٨) راجع تفصيلا- حسام الاهوانى- النتائج القانونية للقرارات البابوية فى مسائل الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس - الجزء الأول ص ٢٢ وقد تبع ذلك صدور قرارالبابا رقم ٨ فى ١٩٧١/١٢/١٨ بانه لايجوز زواج المطلقة لانها اما ان تكون قد طلقت لعلة الزنا فتكون زانية فلايجوز له ان تتزوج، واما ان تكون قد طلقت لعلة أخرى وهنا يظل زواجها الأول قائما فلايجوز لها الزواج ثانية- راجع ذات البحث ص ٢٣ اما اذا حدث التطليق لسبب زنا الزوج فيحق للمراة البريئة ان تتزوج. ذات البحث ص ٢٤.

نصوص مجموعة ١٩٣٨ والتى تتضمن أسبابا عديدة للتطليق بخلاف الزنا ، الا أن الموقف السابق للكنيسة كان له أثر عملى فعال هو ان المطلق لن يستطيع الزواج مرة أخرى من قبطية ارثوذكسية لأن الزواج فى هذه الحالة سيتم وفقا لشريعة الاقباط الارثوذكس أمام الكنيسة القبطية الارثوذكسية التى ستمتنع وفقا لقرار البابا عن ابرام مثل هذا الزواج [١٢٩] ونلاحظ على هذا الوضع المعلق مايلى:

أولا: انه يهدر الحكم القضائى الصادر بالتطليق وهو مايتعارض مع النظام العام ونص الدستور معا حيث نصت المادة ٧٢ من الدستور على ان «تصدر الاحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له فى هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة الى المحكمة المختصة».

ثانيا: ان هذا الوضع يتعارض مع الحق فى الزواج وتكوين الاسرة[١٣٠]، اذ يكون الزوج السابق محروما من الزواج وتكوين اسرة رغم ان علاقة الزوجية السابقة تكون قد انفصمت وفقا للقانون وحكم القضاء ولذلك تثور بقوة شبهة مخالفة القرار المذكور للدستور وذلك على فرض انه قد توافرت فيه المقومات التى يمكن ان تخضعه للطعن بعدم الدستورية.

ولذلك يهمنا ان نطرح سؤالين هامين فى هذا الشأن:

الأول : هل يعد قرار البابا مصدرا منشئا للقاعدة القانونية فى مجال الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس بحيث تكون قاعدة لاطلاق الا لعلة

---

(١٢٩) راجع تفصيلا -حسام الاهوانى- بحثه السابق الجزء الأول ٥٨ ومابعدها بل انه قد لايستطيع الزواج بمسيحية تختلف معه فى الملة أو الطائفة بعد ان اعتبرت محكمة النقض الشكل الدينى متعلقا بجوهر العقيدة المسيحية- راجع ماسبق تحت عنوان « الشكل الدينى للزواج».

(١٣٠) راجع ماسبق تحت عنوان« مدى التطابق بين عيب عدم الدستورية وعيب مخالفة القاعدة للنظام العام».

الزنا قاعدة قانونية ملزمة ومن ثم يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية باعتباره منشئا لقاعدة من قواعد الاحوال الشخصية لدى غير المسلمين أخذا بما انتهت اليه المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن؟

والثانى : هل تعتبرقاعدة «لاطلاق الا لعلة الزنا» متعلقة بجوهر العقيدة المسيحية؟

واجابة عن السؤال الأول فقد ذهب بعض الفقه الى « ان أوامر الرؤساء الدينيين لاتعتبر مصدرا رسميا لقواعد الشرائع المسيحية بصفة عامة، وان هذه المصادر تنحصر فى الكتب المقدسة وقرارات المجامع والعرف، وان قلنا ان أوامر الرؤساء الدينيين فى تنظيم أمور الكنيسة قد تؤدى إلى ظهور قواعد شرعية، إذا ما التزم اتباع الكنيسة بها ، واتبعوها بصورة مطردة تجعل من اتباعها قاعدة عرفية، فيكون مصدر هذه القواعد هو العرف، ويكون أمر الرئيس الدينى اساس نشوء هذا العرف.

ونتيجة لهذا لايتصور ان يلغى امر الرئيس الدينى قاعدة مستمدة من المصادر الاصلية للشرائع المسيحية، وهى الكتاب المقدس وقرارات المجامع ولذا فاننا نعتقد ان القرار البابوى رقم٧ الصادر من بطريرك الاقباط الارثوذكس فى ١٨/١١/١٩٧١ الذى يقصر اسباب التطليق على سبب واحد هوالزنا ، لايمكن ان يلغى القواعد القبطية المستقرة قبل ذلك ، التى تقر اسبابا أخرى عديدة للتطليق» (١٣١).

(١٣١) ويستطرد قائلا« كما ان القرار رقم ٨ الصادر فى ١٨ / ١٢/١٩٧١ بتحريم زواج المطلقين لغير علة الزنا ، لايمكن ان يحول دون زواج المسيحيين المطلقين لغير هذا السبب، ولايجوزللموثق، ولو كان رجل دين، ان يمتنع عن تزويج من تطلقهم المحاكم لغير علة الزنا ، استنادا لهذا القرار، لأنه لايلغى ، كماذكرنا ، قواعد الشريعة القبطية ،التى تجيز الطلاق لغيرعلة الزنا ، وبالتالى لايؤدى إلى حرمان المطلقين لغير هذا السبب من العودة إلى الزواج. وموثق الزواج ولو كان من رجال الكنيسة يخضع فى توثيق الزواج لتعليمات وزارة العدل لا لرئاسته الدينية، ويلتزم بتطبيق أحكام القانون ولو كانت أوامر الرئاسات الدينية مخالفة لها ، الا أن أوامر البابا ملزمة للكنائس ، وللكنائس ان ترتب على هذه الأوامر ماتقتضيه فى علاقتها بالمؤمنين، فلها الا تعتد-ديانة- بطلاق لغير علة الزنا ، ولكن ليس لهاان تمنع زواج المطلقين لأى سبب آخر، مادامت اجراءات الزواج الكنسية لازمة لقيام الزواج قانونا» =

ويضيف البعض الآخر فى ذات السياق ان المجمع المقدس هوالسلطة المختصة بالتشريع فى الكنيسة القبطية الارثوذكسية إذ انه السلطة الدينية العليا لهذه الكنيسة لانه امتداد للمجامع التى تمثل اجماع الأمة ، فالمجمع عبارة عن الاجتماعات التى يعقدها احبار الكنيسة وهم المطارنة فى صورة مؤتمرات عامة للنظر فى شئون الكنيسة وتستند شرعية المجامع إلى أقوال صادرة عن السيد المسيح فى الانجيل (١٣٢)، فمصدر القانون فى حالة عدم وجود تشريع من الدولة هو القواعد الدينية التى تختص بوضعها السلطة الدينية العليا فى الكنيسة وهي المجمع المقدس ولماكان المجمع المقدس قد أنشئ طبقا لقوانين الكنيسة التى تعترف بها الدولة فان الدولة تعتبر معترفة بالمجمع المقدس، ويلاحظ ان البابا لايصدر بمفرده حاليا مراسيم تشريعية على غرارما كان يحدث فيماسبق بل تصدرالتشريعات من المجمع المقدس العام والذى يتولى البابا رئاسته (١٣٣) وهكذا لاتتمتع هذه القرارات البابوية بقوة ملزمة (١٣٤).

وهكذا نوجز الاجابة على السؤال الأول فى ان قرارات البابا لاتعد مصدرا منشئا للقواعد القانونية فى مجال الاحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس ولذلك فان قاعدة «لاطلاق الا لعلة الزنا» ليست قاعدة ملزمة مثل سائر قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس والناشئة عن

=جميل الشرقاوى- السابق ص ٦٥ هامش (١)، ويبدو أن الراجح ان القضاء لايستطيع ان يتدخل باجبار الكنيسة على عقد الزواج الثانى لان ذلك من الاختصاصات الدينية الباقية لها والتى لاتخضع فيها لرقابة القضاء- راجع تفصيلا فى هذه المسألة- حسام الاهوانى- بحثه السابق- الجزء الأول ص ٦٠ ومابعدها.

(١٣٢) راجع تفصيلا-حسام الاهوانى- بحثه السابق- الجزء الثانى ص ٢٣.

(١٣٣) حسام الاهوانى ،بحثه السابق- الجزء الثانى ص ٢٢.

(١٣٤) فهى ليست الامن قبيل التمهيد لاستصدار قرار بماجاء فيها من المجمع المقدس، فالبابا يبدأ بعملية تنبيه بضرورة العودة إلى أحكام الانجيل ويناشد الاقباط الأرثوذكس بعدم طلب التطليق الا لعلة الزنا وعندما تتم تربية النفوس المؤمنة على ذلك فان البابا سوف يعرض الأمرعلى المجمع المقدس ليصدر قرارا تشريعيا يلزم القضاء بالتالى- حسام الاهوانى- بحثه السابق- الجزء الثانى ص ٣٣.

المصادر المعترف بها ، ولما كانت هذه القاعدة لاتتمتع بقوة ملزمة فإن القـرار المنشئ لها لايكون قابلا للطعن فيه بعدم الدستورية إذ لايعد منشئا لقاعدة قانونيـة، أمـا إذا فرض وصدر بهذه القاعـدة قرار من المجمع المقدس وهو السلطة المختصة بالتشريع فى الكنيسـة القبطيـة الارثوذكسيـة فانه يكون قابلا للطعن فيه بعدم الدستورية مسايرة لرأى المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن.

بقيت الاجابة على السؤال الثانى وهو هل تعد قاعدة «لاطلاق الا لعلة الزنا» متعلقة بجوهر العقيدة المسيحية؟ ويكفينا هنا ان نتناول مدى اتفاق المذاهب المسيحية على هذه القاعدة (١٣٥) ويمكن ايجاز ذلك فيمايلى:

١- الكنيسـة الكاثوليكيـة: لاتقر الطلاق لأى سبب من الأسباب ولو لعلة الزنا ولاتجيز سوى الانفصال الجسمانى .(١٣٦)

٢- الكنائس الشرقية التى تمثل المذهب الارثوذكسى : اباحت الطلاق لأسباب عديدة وليس فى حالة الزنا فقط .(١٣٧)

٣-أما الكنيسـة البروتستانتية فقد أجازت الطلاق فى حالتين فقط

---

(١٣٥) راجع تفصيلا فى خلاف المذاهبالمسيحيتفى هذا الشأن -ايهاب اسماعيل رسالة ص ٨٣ ومابعدها

(١٣٦) راجع تفصيلا:توفيق فرج - السابق ص٧٩٨ ومابعدها ، ايهاب اسماعيل- رسالة ص٨٥ ومابعدها.

(137) Alors que L'Église romaine prohibait rigouresement le divorce après mariage sacramentel et consommé, et faisait triompher cette discipline en Occident, l'Église byzantine et les autres Églises orientales ont admis le divorce... mais l'adultère n' a pas été la seule cause de divorce qui ait été admise.Les Églises orientales ont été amenées assez vite à croire que d' autres causes pouvaient être assimilées à l' adultère ou devaient être réputées aussi graves . Et les causes de divorce sont allées en s'accroissant à mesure qu'on avance dans le temps. Dauvillier et De Clercq- op. cit.p 84, 85. =

وهما الزنا والخروج عن الدين المسيحى . (١٣٨)

وهكذا وقد اختلفت المذاهب المسيحية اختلافا بيِّنا حول قاعدة لاطلاق الا لعلة الزنا فاننا نرى انها ليست من القواعد المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية، ولذلك لايجوز ان يأخذها المشرع فى الاعتبار فى خصوص مسألة توحيد أو تعدد القواعد فى مسائل الأحوال الشخصية ، فاذا فرض ونص المشرع على هذه القاعدة وخص بها مذهب معين من المذاهب المسيحية أو طائفة من طوائفها فان هذا النص يكون مخالفا للدستور لإخلاله بمبدأ المساواة بين المواطنين وذلك طالما انتهينا الى أن هذه القاعدة ليست متصلة بجوهر العقيدة المسيحية.

=بل ويخص بالذكر الكنيسة القبطية الارثوذكسية موضحا ان ابن العسال قد اباح الطلاق بشكل واسع حتى أصبح انحلال الزواج عنده جائزا من حيث المبدأ :

Dans l'Église Copte , le Nomocanon d' Ibn al- Assal admet trés largement le divorce. Il pose pour principe que le mariage se dissout.p.107

وراجع ايضا فى هذا المعنى - ايهاب السماعيل- رسالة ص ٩١ وتوفيق فرج- السابق ٨٠٣.

(١٣٨) راجع ايهاب اسماعيل ، رسالة ص ٩٢ وقد نصت على هاتين الحالتين المادة ١٨ من قانون الانجيليين الوطنيين.

المبحث الرابع

أثر الحكم الصادر بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨

نصت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن « أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.

وتنشر الاحكام والقرارات المشار اليها فى الفقرة السابقة فى الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم.

فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى تعتبر الاحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه ».

ومن النص السابق يتضح لنا ان الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا لاتخضع لقاعدة نسبية آثار الأحكام [١٣٩]، فوفقا لهذا النص يكون حكمها حجة على الكافة حتى ولو لم يكونوا من الخصوم فى الدعوى الدستورية وهومايعرف بمبدأ عينية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية [١٤٠]، وهو ماأكدته المحكمة الدستورية العليا فى

---

(١٣٩) تنص المادة ١٠١ من قانون الاثبات على ان « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولايجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لاتكون لتلك الأحكام هذه الحجية الافى نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا ».

(١٤٠) راجع تفصيلا فى حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية وعينية هذا الحكم -عادل عمر شريف السابق ص ٤٥٨ ومابعدها، مصطفى عفيفى- السابق ص ٢٧٦ ، عبد العظيم عبد السلام- السابق ص ٢٢٧ ومابعدها ، صلاح الدين فوزى - السابق ص ٢٩٦ ومابعدها.

قضائها[١٤١].

ولذلك لايجوز تطبيق نص المادة ١٣٩ على جميع المنازعات الخاصة بالاقباط الأرثوذكس، ولايعنى ذلك ان مسألة سن الحضانة قد أصبحت من المسائل التى تخضع لقاعدة موحدة بالنسبة لجميع المصريين وهى الواردة بالمادة ١/٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، إذأن الحجية المطلقة لهذا الحكم قاصرة على النص الذى كان محلا للطعن بعدم الدستورية وهو نص المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس ، ولا يمتد أثره بأى حال إلى باقى نصوص شرائع غير المسلمين والتى تضع سنا مخالفة للحضانة ومن ذلك نص المادة ١٠٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للأرمن الأرثوذكس والتى تنص على أنه « تحضن الأم ولدها أثناء الزواج وبعد فسخه الى أن يبلغ السابعة إذا كان ذكرا أو كانت انثى وللمحكمة ان ترفع سن الحضانة الى التاسعة بالنسبة للذكر والى الحادية عشرة بالنسبة للأنثى» وكذلك المادة ٢٢ من قانون الانجيليين الوطنيين والتى تنص على أنه « زمن الحضانة من نهاية زمن الرضاعة إلى بلوغ الطفل سبع سنين».

ولذلك فان مسألة سن الحضانة مازالت من المسائل التى تتعدد فيها الشرائع وان كنا نشير الى أنه قد يتراءى لبعض المحاكم ان قضاء المحكمة

---

(١٤١) راجع على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٩٤/١٠/١ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ٩ق،الجريدة الرسمية ، العدد ٤٢ فى ١٩٩٤/١٠/٢٠ وجاء به « وحيث ان المحكمة الدستورية العليا سبق لها ان قضت فى الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ق بجلسة ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ برفض ما أثير من مطاعن كانت تتوخى ابطال نص المادة...... واذ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ أول ديسمبر١٩٩٤ ،وكانت الخصومة فى الدعوى الماثلة تتعلق بذات النص التشريعى الذى قضت المحكمة الدستورية العليا برفض ماأثير بشأنه من مطاعن موضوعية فى الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ق المشار اليها وكان من المقرر ان قضاء هذه المحكمة فى تلك الدعوى - وفى حدود مافصلت فيه فصلا قاطعا- انما يحوز حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة الى الدولة بكامل سلطاتها ، وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعى الى نقيضه من خلال اعادة طرحه على هذه المحكمة لمراجعته».

الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ١٣٩ لاخلالها بمبدأ المساواة ولانها ليست من المسائل المتعلقة بجوهر العقيدة المسيحية، يعنى ان النصوص التى تحدد سنا مخالفة للحضانة فى شرائع غيرالمسلمين تكون مخالفة للنظام العام، ومن ثم يجوز للمحكمة الا تطبقها على الدعوى المطروحة عليهاوهو مايؤدى لتطبيق نص المادة ١/٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مع ملاحظة ان هذا الحل ليس مماثلا لحالة الحكم بعدم الدستورية اذ سيظل النص قائما وقابلا للتطبيق فى غير هذه الدعوى (١٤٢) ولذلك يتعين على المشرع بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا ان يصدر تشريعايوحد سن الحضانة بالنسبة لجميع المصريين توفيرا للوقت والجهد فى حالة الطعن بعدم الدستورية فى النصوص الباقية فى شرائع الطوائف المسيحية إذ ستنتهى المحكمة الدستورية حتما إلى القضاء بعدم دستورية هذه النصوص كماقضت بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨.

ونلاحظ ان المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص فى فقرتها الثالثة على أنه« يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى »، وقد استقر الفقه والقضاء فى مصر على عدم الأخذ بالمعنى الظاهر الذى يتبادر من هذا النص وهو ان حكم المحكمة الدستورية العليا لايكون له اثر رجعى يحيث يظل النص المحكوم بعدم دستوريته قائما فى الفترة السابقة على صدور حكم المحكمة الدستورية العليا، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا إذ جاء بها « وتناول القانون اثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم وهو نص ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقرالفقه والقضاء على ان مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وانما بالنسبة الى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا

(١٤٢) راجع ماسبق تفصيلا تحت عنوان « أوجه الاختلاف بين الرقابة القضائية المستندة لفكرة النظام العام وبين رقابة دستورية شرائع غيرالمسلمين ».

الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم » وهو ما قضت به محكمة النقض(١٤٣).

ويستفاد من قضاء سابق لمحكمة النقض ان الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى فى هذا الشأن والذى يحمى المركز القانونى من الأثر الرجعى لحكم عدم الدستورية هوالحكم النهائى (١٤٤) الا أن قضاءها الحديث لايعطى هذه

---

(١٤٣) نقض ١٩٨٤/٤/٢٩ فى الطعن رقم١٣٤٨ لسنة ٥٠ ق- مجموعة س ٣٥ ص١١٣٩ وجاء به « وإذا كان يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم- الا أن عدم تطبيق النص- وعلى ماورد بالمذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا لاينصرف الى المستقبل فحسب وانماينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثرالرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم».

(١٤٤) نقض ١٩٨٧/١/٢٧ فى الطعن رقم ٦٤ لسنة ٥٥ ق- مجموعة س ٣٨ ص ١٧٨ وجاء به « وحيث ان الطعن اقيم على خمسة أسباب ينعى الطاعن بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول ان الحكم فرض المتعة بالتطبيق لنص المادة ١٨ مكررا من القانون رقم٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وإذ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القرار بقانون مما يمتنع معه تطبيقه ، فان الحكم المطعون فيه وقد اقام قضاءه على سند من نصوصه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. وحيث أن هذا النعى مردود ذلك ان النص فى المادة ١٧٨ من الدستور على ان تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادر من المحكمة الدستورية العليافى الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون مايترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار»، وفى الفقرة الثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه « و يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم » مفاده انه متى صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعى فلايجوز تطبيقه اعتبارا من اليوم التالى لنشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية، ومن ثم فإنه لايمس - وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩- الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، لما كان ماتقدم وكان الحكم المطعون فيه قد صدر من محكمة استئناف طنطا« مأمورية بنها » فى ١٩٨٥/٣/٢١ ومن ثم يكون قد حاز قوة الأمرالمقضى تبعا لعدم جواز الطعن فيه بطرق الطعن الاعتيادية وذلك قبل نشر حكم =

الحماية الا للحكم البات دون غيره .(١٤٥) وهكذا ووفقا للقضاء الحديث

= المحكمة الدستورية العليا القاضى بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فى الجريدة الرسمية فى ١٦/٥/١٩٨٥، فان صدور هذا الحكم ونشره لايمس بحق المطعون ضدها فى المتعة المقضى بها بالحكم المطعون فيه ويضحى النعى ولاأساس له».

(١٤٥) نقض ٢٩/٥/١٩٩٧ فى الطعن رقم ٢٤٨٩ لسنة ٥٦ ق -لم ينشر بعد وجاء به« وحيث ان المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - ان لمحكمة النقض من تلقاء نفسها - كما يجوز للخصوم والنيابة العامة - إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أوفى صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التى سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه أو حكم سابق عليه لايشمله الطعن. وكان المقرر ان مفاد نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا يدل على ان الشرعية الدستورية تقتضى ان تكون النصوص التشريعية الواجبة التطبيق على أى نزاع مطابقة لأحكام الدستور فلايجوز لأى محكمة أو هيئة اختصها المشرع بالفصل فى نزاع معين- وايا كان موقعها من الجهة القضائية التى تنتمى اليها- اعمال نص تشريعى لازم للفصل فى النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور- ومن باب أولى- إذا قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته - فهذا القضاء واجب التطبيق على جميع المنازعات التى تخضع لتطبيق هذا النص القانونى مادام الحكم بعدم دستوريته قد لحق الدعوى قبل ان يصدر فيها حكم بات، وهذا الأمر متعلق بالنظام العام ويتعين على محكمة النقض اعماله من تلقاء نفسها كما يجوز اثارته لأول مرة أمامها وذلك باعتبارها من المحاكم التى عنتها المادة ٢٩ المشار اليها ولايجوز التحدى فى هذا الشأن بان سلطة محكمة النقض قاصرة على مراقبة صحة تطبيق القوانين إذ ان مطابقة النص القانونى للقواعد الدستورية هو ايضا من مسائل القانون ويتعين ان تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها وان تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها فى المرتبة إذ لايسوغ القول بصحة تطبيق محكمة الموضوع لنص قانونى وهو مخالف للدستور سيما إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستوريته. والمقرر - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - ان مفاد نص المادة ٤٩ من قانون هذه المحكمة ان الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية لاتنحصر حجيتها فى خصوم الدعوى الدستورية بل تمتد الى الدولة بكافة أفرعها وتنظيماتها ويتم اعمال أثرها على الناس كافة دون تمييز فلايجوز تطبيق النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها اعتبارا من اليوم التالى لنشر الأحكام الصادرة بشأنها فى الجريدة الرسمية ولايعنى ان لهذه الأحكام اثرا مباشرا لاتتعداه - خاصة إذا كان قضاؤها مبطلا لنص غير جنائى- بل ان اثره الرجعى يظل جاريا ومنسحبا إلى الأوضاع والعلائق التى اتصل بها مؤثرا فيها حتى ماكان منها سابقا على نشره فى الجريدة الرسمية بافتراض ان النص الباطل منعدم ابتداءً لا انتهاءً فلايكون قابلا للتطبيق أصلا منذ ان نشأ معيبا مالم تكن الحقوق والمراكز التى ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائى =

لمحكمة النقض فان نص المادة : ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس لايمكن تطبيقه حتى بالنسبة للدعاوى التى اقيمت قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا ونشره فى الجريدة الرسمية إلا إذا كان قد صدر فيها حكم بات استنفد جميع طرق الطعن العادية وغير العادية ولذلك يثور التساؤل عن القاعدة التى تحكم سن الحضانة بالنسبة للأقباط الأرثوذكس فى الفترة السابقة على صدور المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للدعاوى التى لم يصدر فيها حكم بات وايضا بالنسبة لما يجد من دعاوى بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا .اجابت محكمة النقض على هذا السؤال صراحة فقررت« ان الحكم بعدم دستورية نص ليس من شأنه استحداث قاعدة قانونية أخرى وانما يقتصر أثره على ان يصبح هذا النص عدما غير صالح لأن ينتج أثرا فتبقى العلاقات والوقائع والروابط والحالات التى نشأت فى ظله محكومة بغيره من قوانين سارية فى تاريخ نشأتها وكأن هذا النص لم يكن» (١٤٦)، فما هو إذن القانون العام أو الشريعة العامة الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية؟ والاجابة هى أن الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة أو القانون العام واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية وهو ماستقر عليه قضاء محكمة النقض (١٤٧) وهو ما أشارت اليه المحكمة الدستورية العليا فى حكمها محل الدراسة حيث قررت « وحيث ان المصلحة الشخصية المباشرة- وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية- مناطها ان يتوافر ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة التى

=توافر فيه شرطان أولهما : ان يكون باتا وذلك باستنفاده طرق الطعن جميعا، وثانيهما : ان يكون صادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولا على النصوص القانونية عينها التى قضى ببطلانها».

(١٤٦) نقض ١٩٩٧/٣/٢٤ فى الطعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ٦٦ ق-لم ينشر بعد.

(١٤٧) راجع نقض ١٩٦٦/٣/٣٠ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق- مجموعة س ١٧ ص ٧٨٢، نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة ٤٨ ق-مجموعة س ٣٠ ص ٢٧٦، نقض ١٩٨٧/١/٢٧ فى الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٣ ق-مجموعة س ٣٨ ص ١٧٣ ،نقض ١٩٩٦/٨/٥ فى الطعون أرقام ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق فى قضية الدكتور نصر ابوزيد-لم ينشر بعد.

يقوم بها النزاع الموضوعى وذلك بأن يكون الفصل فى المسائل الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها، لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. متى كان ذلك وكانت المادة ١٣٩ المطعون عليها هى التى تحول بذاتها دون المدعية وبقاء صغيرها فى حضانتها، فان طلبها ابطالها ***والرجوع الى القواعد التى يتضمنها قانون الأحوال الشخصية للمسلمين فى هذا الشأن***، يكون كافلا مصلحتها الشخصية المباشرة»، فالمحكمة الدستورية العليا ترى ان الأثر الطبيعى للحكم بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس هو تطبيق القاعدة الواردة بقانون الأحوال الشخصية للمسلمين أى نص المادة ١/٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والتى تنص على أنه « ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين ان مصلحتها تقتضى ذلك».

خاتمـة

لقد أصبحت ظاهرة تباطوء المشرع المصرى فى مواجهة العديد من المشكلات الهامة بالحل التشريعى المناسب، أمرا ملحوظا فى الوقت الحالى ، وكثيرا مايؤدى ذلك الى تفاقم المشكلة إلى حد الكارثة فى بعض الأحوال ، ومن ذلك على سبيل المثال التباطوء حتى الآن فى تعديل قوانين ايجار الأماكن التى أدت لتفاقم أزمة الاسكان وأسفر تطبيقها عن اعتداء بليغ على حق ملكية العين المؤجرة، إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقف مكتوفة الأيدى تجاه هذا الوضع فقد رأت أن العديد من نصوص قوانين ايجار الأماكن تمثل اعتداء على حق المالك فى ملكيته للعين المؤجرة فقضت تباعا بعدم دستورية هذه النصوص وبصفة خاصة تلك التى تجيز استمرار الايجار لأقارب المستأجرعلى نحو قد لايعيد العين المؤجرة إلى مالكها اطلاقا (١٤٨)، ورغم ان ماقامت به المحكمة الدستورية العليا قد أدى إلى القضاء على العديد من النصوص التى أهدرت حق المالك والتوازن المطلوب فى العلاقات التعاقدية الا أن ذلك قد أحدث فراغا تشريعيا واضطرابا اجتماعيا حيث ظهرت مشكلة الأشخاص الذين يشغلون الأماكن المؤجرة دون سند من القانون بعد أن قضى بعدم دستورية النصوص التى استمدوا حقوقهم منها ، ورغم ذلك فمازال المشرع المصرى ساكنا وكأن الأمر لايعنيه من قريب أو بعيد ولم يتدخل لمواجهة هذه المشكلة إلا بشأن ايجار الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى فقط (١٤٩).

وكذلك لاحظنا ان مشكلة تعدد الشرائع فى مسائل الأحوال الشخصية

---

(١٤٨) راجع تفصيلا فى اتجاه المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن - اسامة ابوالحسن- حماية حق ملكية العين المؤجرة فى ظل عدم دستورية استمرار عقد الايجار لأقارب المصاهرة- العلوم القانونية والاقتصادية -السنة ٣٨ العدد الثانى يوليو ١٩٩٦ .

(١٤٩) بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وببعض الأحكام الخاصة بايجار الأماكن غير السكنية- الجريدة الرسمية العدد ١٢ مكرر فى ٢٦ مارس ١٩٩٧.

ليست بالمشكلة الطارئة أو الحديثة بل مضى عليها عشرات السنين دون ان تبدو من المشرع بادرة لمواجهتها ، حتى خاضت المحكمة الدستورية العليا هذا المجال ايضا وأصدرت حكمها محل البحث والذى قد لايكون الأخير فى هذا النطاق طالما ظل تعدد الشرائع فى مسائل الأحوال الشخصية قائما.

وقد دفعنا حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس إلى بحث مسألة اساس القوة الملزمة لمجموعة ١٩٣٨ وتوصلنا من خلال ذلك إلى ان نظرية العرف التى تبناها الفقه والقضاء قبل حكم المحكمة الدستورية العليا لاتصلح أساسا لتفسير القوة الملزمة لجميع القواعد التى تضمنتها هذه المجموعة بل تصلح أساسا للقوة الملزمة لبعض قواعدها فقط وهى تلك التى توافرت فيها أركان العرف ، أماغيرها من القواعد فإنها إما ان تكون مستمدة من مصدر سابق معترف به لشريعة الأقباط الأرثوذكس فتستمد قوتها الملزمة منه، وإما أن تكون قاعدة مستحدثة لم تتوافر فيها أركان العرف فلا تتمتع بأية قوة ملزمة.

وناقشنا ايضا ماذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا من اعتبار قواعد مجموعة ١٩٣٨ بمثابة التشريع واساس ذلك هو احالة المشرع اليها بمقتضى نص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وتوصلنا إلى أن احالة المشرع إلى قواعد معينة لايكسبها صفة التشريع ومن ثم فان إخضاعها للرقابة الدستورية يكون مخالفا لصراحة نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا فى أنها لاتراقب سوى دستورية النصوص التشريعية فقط وكذلك المادة ١٧٨ من الدستور، وقد لاحظنا ايضا ان قواعد شرائع غير المسلمين ليست جميعها محددة على وجه الدقة بحيث يتيسر اخضاعها للرقابة الدستورية ، كماأن من هذه القواعد ماهو مستمد من نصوص مقدسة لايجوز بحسب الأصل ان تخضع لأى رقابة زمنية ، كما انتهينا إلى ان اعتبار قواعد شرائع المسلمين من قبيل التشريع يشكل خروجا صارخا على المبادئ الاساسية لنظرية التشريع بصفة عامة.

ورغم أننا لم نتفق مع المحكمة الدستورية العليا فى الأساس النظرى الرئيسى لحكمها وهو اعتبار مجموعة ١٩٣٨ بمثابة التشريع، إلا أن ذلك لم يمنعنا من مناقشة مدى الفائدة العملية لاخضاع قواعد شرائع غير المسلمين لرقابة الدستورية إذ كان باستطاعة المحاكم دائما ان تستبعد تطبيق قواعد شرائع غيرالمسلمين إذا تبين مخالفتها للنظام العام فى مصر تطبيقا لنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وهو مادفعنا إلى بحث مدى التطابق بين الرقابة الدستورية وبين الرقابة القضائية المستندة لفكرة النظام العام وقد تبين لنا وجود اختلافات جوهرية بينهما من عدة أوجه ولاحظنا بوجه خاص ان قاعدة معينة قد يستقر الفقه والقضاء على أنها لاتخالف النظام العام فى شئ بينما قد تمثل مخالفة لنص دستورى وهو ما اعتقدنا أنه ينطبق على نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى يؤدى تطبيقها إلى عدم جواز الطلاق لدى الكاثوليك ومايرتبط بذلك من اقرار نظام الانفصال الجسمانى لديهم.

ثم انتقلنا إلى بحث المبدأ الرئيسى الذى ارسته المحكمة فى حكمها بشأن توحيد وتعدد الشرائع فى نطاق الأحوال الشخصية ورأينا كيف أنهاقد قررت أن الأصل هوخضوع جميع المواطنين لقواعد موحدة وان الاستثناء هوتعدد الشرائع وان الضابط الذى يجب ان يحكم المشرع فى ذلك هوضابط جوهر العقيدة الدينية بحيث يجوز تعدد الشرائع فى المسائل التى تتعلق بجوهر العقيدة الدينية أما غير ذلك من المسائل فيجب ان تخضع لقواعد موحدة تطبق على جميع المصريين.

وقد طبقنا هذا الضابط على بعض المسائل الهامة وناقشنامدى تعلقها بجوهر العقيدة المسيحية وانتهينا إلى مسائل ثلاث تتعلق بجوهر العقيدة المسيحية ومن ثم يجوز للمشرع أن يفرد نصوصا خاصة بها تطبق على المسيحيين دون سواهم، ودون ان يعد ذلك خروجا على مبدأ المساواة بين المواطنين وهذه المسائل هى انه لايجوز تعدد الزوجات للزوج المسيحى وضرورة الشكل الدينى للزواج المسيحى وأنه لاطلاق بالارادة فى الشريعة

المسيحية. كما انتهينا إلى مسألتين رأينا انهما لاتتعلقان بجوهرالعقيدة المسيحية ومن ثم فانه لايجوز للمشرع ان يفرد لهما نصوصا خاصة تخالف مايطبق على عامة المصريين وهاتين المسألتين هما أنه لاطلاق لدى الكاثوليك وأنه لاطلاق الا لعلة الزنا.

وأخيرا تناولنا أثرالحكم الصادر بعدم دستورية المادة ١٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ بشأن سن الحضانة ورأينا ان ذلك الحكم لايعنى ان مسألة سن الحضانة لدى الاقباط الأرثوذكس لم يعد لها نص يحكمها بل يطبق عليها نص المادة ١/٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وذلك باعتبار ان الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين كافة، كمارأينا أن هذا الحكم لايمتد أثره إلى النصوص الخاصة الأخرى الواردة بشرائع باقى الطوائف المسيحية مثل المادة ١٠٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للأرمن الأرثوذكس والمادة ٢٢ من قانون الانجيليين الوطنيين ومن هنا تظل مسألة سن الحضانة منظمة بقواعد متعددة وهو مادفعنا للمطالبة بتعديل تشريعى يوحد هذه السن بالنسبة لجميع المصريين ايا كانت ديانتهم اعمالا للمبدأ الذى وضعته المحكمة الدستورية العليا فى حكمها.

والسؤال الآن : ماذا بعد؟ هل سيقف الأمر عند هذا الحد أم أن مسألة تعدد الشرائع فى مجال الأحوال الشخصية ستكون محلا للطعن بعدم الدستورية فى دعاوى لاحقة؟ وهل سيظل المشرع المصرى على موقفه السلبى فى هذه المسألة أم أنه سيبادر باتخاد الخطوة المرجوة وهى توحيد قواعد الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المصريين ولن نكون نظريين أو مثاليين أكثر من اللازم فنطالب بتوحيد جميع هذه القواعد، بل يكفينا ان ننادى بالقدر الذى اتفق عليه الفقه المصرى وأيدته المحكمة الدستورية العليا وهو أنه يجب توحيد هذه القواعد فيما لايمس جوهر العقيدة الدينية خاصة وان العديد من مسائل الأحوال الشخصية لاتتعلق بجوهر العقيدة الدينية والمثال الواضح لذلك مسألة سن الحضانة التى كانت دافعا لصدور الحكم محل الدراسة.

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية

مراجع عامة

- **احمد ابو الوفا:** المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة عشرة ١٩٨٠.

- **أحمد حافظ نجم:** حقوق الانسان بين القرآن والاعلان، بدون تاريخ نشر.

- **احمد سلامة:** الأحوال الشخصية للوطنيين غيرالمسلمين والأجانب، الطبعة الثانية ١٩٦٢.

- **احمد صفوت:** قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية ، الطبعة الثانية ١٩٤٨ .

- **احمد نصر الجندى:** مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية ١٩٨٦.

-**اسامة ابوالحسن:** الوجيز فى الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ١٩٩٧.

- **الشافعى بشير:** قانون حقوق الانسان ١٩٩٢.

- **ايهاب اسماعيل** : شرح مبادئ الاحوال الشخصية للطوائف الملية،الطبعة الأولى ١٩٥٧.

  - أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول (التنازع بين الشرائع الداخلية) بدون تاريخ نشر.

-**توفيق فرج:** أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ،الطبعة الثالثة ١٩٦٩.

- **جميل الشرقاوى:** الاحوال الشخصية لغير المسلمين ١٩٧٣.

- **جلال ابراهيم:** المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون ١٩٩٦.

- **حسام الاهوانى:** أصول القانون ١٩٧٩.

- شرح مبادئ الاحوال الشخصية للمسيحيين المصريين ١٩٩٣.

- **حسن كيرة:** المدخل إلى القانون ،الطبعة الخامسة ١٩٧٤.

- **حمدى عبد الرحمن:** فكرة القانون ١٩٧٩.

- أحكام الأحوال الشخصية عند المسيحيين المصريين ١٩٩٥.

- **خيرالدين عبد اللطيف محمد وعز الدين فودة:** اللجنة الأوربية لحقوق الانسان ودورها فى تفسير الحقوق والحريات الاساسية للأفراد والجماعات، ١٩٩١.

-**سمير تناغو:** أحكام الاسرة للمصريين غيرالمسلمين١٩٦٨.

- النظرية العامة للقانون ١٩٧٣.

- **صلاح الدين فوزى:** الدعوى الدستورية١٩٩٣.

-**عادل عمر شريف:** قضاء الدستورية ،القضاء الدستورى فى مصر ١٩٨٨.

- **عبد العزيز المرسى:** مبادئ الأحوال الشخصية للمصريين غيرالمسلمين ١٩٩٦.

- **عبد العزيزمحمد سرحان:** الاطار القانونى لحقوق الانسان فى القانون الدولى ، الطبعة الأولى ١٩٨٧.

-**عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد:** الرقابة على دستورية القوانين،دراسة مقارنة ١٩٩١.

-**عبد الواحد محمد الفار:** قانون حقوق الانسان فى الفكر الوضعى والشريعة الاسلامية ١٩٩١.

-**غازى حسن صبارينى** : الوجيز فى حقوق الانسان وحرياته الاساسية١٩٩٥.

-**فتيحة قرة** : تشريعات الاحوال الشخصية للمسلمين وغيرالمسلمين ١٩٨٣.

- **محمد لبيب شنب:** المدخل لدراسة القانون ١٩٩٥.

- **نزيه الصادق المهدى:** المدخل لدراسة القانون ١٩٩٢.

- **نعمان جمعة** : المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧.

رسائل دكتوراة:

- **ايهاب اسماعيل** : انحلال الزواج فى شريعة الاقباط الأرثوذكس ،القاهرة ١٩٥٩.

ابحاث:

- **أحمد سلامة** : مسائل فى الأحوال الشخصية لغيرالمسلمين،العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٠، العدد الأول.

-**أسامة ابوالحسن مجاهد:** حماية حق الملكية العين المؤجرة فى ظل عدم دستورية استمرار عقد الايجار لأقارب المصاهرة، العلوم القانونية والاقتصادية، السنة ٣٨ العدد الثانى يوليو ١٩٩٦.

-**جمال مرسى بدر:** تعليق على حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية،مجلة الحقوق ،السنة السادسة (١٩٥٥-١٩٥٦) ،العددان الثالث والرابع.

- **حسام الاهوانى :** النتائج القانونية للقرارات البابوية فى مسائل الاحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ،مجلة ادارة قضايا الحكومة- على جزئين: الأول : السنة ٢٤، العدد الرابع، والثانى : السنة ٢٥ العدد الأول.

- **صلاح الدين عبد الوهاب:** النظام العام فى الاحوال الشخصية فى مصر ،المحاماة، السنة ٣٩ العدد ٢.

دوريات ومجموعات

- مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض.

- أحكام وقررات المحكمة العليا: اعداد ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان ،الجزء الأول.

- محيط الشرائع، المجلد الثالث.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages généraux :

-**Capitant** (Henri) : Introduction à l'étude du Droit Civil- Notione Générales- Quatrième Edition 1925.

- **Carbonier** (Jean): Droit Civil-2-La Famille, Les incapacités,1977.

-**Dauvillier** (Jean) **et De Clercq** (Carlo):Le mariage en droit canonique oriental, 1936.

- **Ghestin** (Jaque) **et Goubeaux** (Gilles):Traité de droit civil -I- 2 e. édition , 1983.

-**Lindon** (Raymond) **et Bénabent** (Alain): le droit du divorce,1984.

-**Mazeaud**(Henri,Léon,Jean)**et Chabas** (François): Leçons de Droit Civil, Tome Premier, 1989, Neuvième édition par Francois Chabas.

- **Voulet** (Jaques): Toutes les questions pratiques sur le divorce et la separation de corps- Collection : ce qu'il vous faut savoir, 1961.

-**Weill** (Alex) **et Terré** (François): Droit Civil, Introduction générale , Quatrième édition 1979.

Articles:

-**Sériauex** (Alain): Reflexion sur le pouvoir normatif de la coutume en droit canonique. Droits- Revue Francaise de théorie Juridique -3- 1986.

- **Tallon** (Denis): Considérations sur la notion d'order public dans les contrats en droit Francais et en droit Anglais - Melanges - offerts à René Savatier- Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers- Publié avec le concours du centre National de la recherche scientifique -Paris-1965.

- **Troper** (Michel): Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement-Droits - Revue Francaise de théorie juridique-3-1986.

- **Tunc** (André): Coutume et"Common Law", Droits, Revue Francaise de théorie juridique-3-1986.

الفهرس

الموضوع **الصفحة**

رقم الايداع بدار الكتب المصرية
٩٧/١٤٤٢٣
الترقيم الدولى I.S . B.N
977-5237-28-9

مطابع شتات
المحلة الكبرى - السبع بنات ٥٧ شارع رشدى
ت: ٠٤٠/٢٢٧٣٦٧ فاكس :٢٢٠٣٩٥ /٠٤٠